

ACERCA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL ARBITRAJE

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad del País Vasco

Resumen

Concluía el último tercio del siglo pasado y comenzó a ser muy popular el arbitraje, normativa que frisaba, por entonces, una bien ganada adolescencia. Hija, no obstante, de la vetustez conocida por Leyes de Partidas. Tanto la ganada adolescencia del arbitraje como su antañona vetustez habían principiado por hacerse cruda guerra, arrebatándose la una a la otra la marchantería arbitral lo que nos podía autorizar para asegurar que alguna de las dos podría alcanzar mucho medro. Y después de tiempos de mutua enemiga, se entro en razón y se convino en que la adolescencia que frisaba el arbitraje en aquel último tercio del siglo pasado fue acertadísima; pues desde ese momento empezó a prosperar que era una maravilla. Al arbitraje adolescente se le despertó la codicia normativa y pensó en cosas mayores que su vetustez le coartaba. Así que sesudo y flemático combatió contra su vetustez sin tener que ceder. No cedió en su conceptualización negocial ni menos aún en su ámbito de garantías. De modo que la ganada adolescencia del arbitraje se asoció con ambos requerimientos como los dedos de la mano.

I.- El derecho de arbitraje en el ámbito de la patología jurídica. Su justificación constitucional.

Casi todo lo que se afirma son cosas y/o argumentos que -en el mejor de los casos- se entienden por sí solos y a los que el sentido común llega por sí mismo. A este respecto, adoptaré una perspectiva de *medio* a *fin*. O sea, si se *postula* como deseable un determinado *fin*, será *racional* utilizar los *medios* más idóneos para alcanzarlo, e irracional (en diversos grados) todo lo demás. Por tanto, el concepto de “*razón*” que definiendo será *racional* en la medida que *permita lograr* la finalidad que deseo alcanzar sin mayores fisuras dialécticas. De ahí se sigue que el concepto de “*razón*” que postulo será *racional* en la medida en que permita lograr esa *finalidad* que anhelo. En otras palabras: de la *función* que asignemos a esa *finalidad* dependerá la *racionalidad* del instrumental que pongamos en acción. ¿Cuál es, pues, la meta hacia la que se orienta mi esfuerzo que *permita lograr* la *finalidad* que deseo alcanzar?

No es instantánea flor de ocurrencias sobrevenidas si digo que la *finalidad* que deseo alcanzar no es otra que la de *justificar* la actuación del ordenamiento jurídico. Pero, a lo que voy. No *cualquier* actuación del ordenamiento jurídico. No, sino *únicamente* -he de confesarlo- cuando exista la *patología jurídica* en los casos en que se plantean “*controversias sobre materias de [la] libre disposición conforme a derecho*” (art. 2.1. LA) en las que no sólo es posible *concretar* la actuación del ordenamiento jurídico a través de la vertiente de la función jurisdiccional que llevan a cabo los órganos investidos de la potestad jurisdiccional estática y permanente, única e indivisible -son los estatales-, denominados por la LOPJ de 1985 *Juzgados y Tribunales* y mediante unas normas, que, con el carácter de *irrenunciables*, se regulan en la LEC (art. 1 LEC), sino que *también* es posible que la actividad heterocompositiva de llevar a cabo la *resolución jurídica de las “controversias sobre materias de [la] libre disposición conforme a derecho”* (sic. art. 2.1. LA) pueda ser realizada a través de sujetos o personas llamadas *árbitros* que, sin hallarse investidas por el Estado de la potestad jurisdiccional constitucional en los términos del artículo 2 LOPJ, lleven a cabo la resolución de aquéllas [las *controversias*, se entiende, de la *libre disposición* para las partes *conforme a derecho*: sic. art. 2.1. LA] con arreglo a *derecho* (art. 34.1. LA) decidiendo -los árbitros, se entiende- solo en *equidad* si han sido autorizados “*expresamente para ello*” -por las partes, se entiende- (sic. art. 34.1. LA).

Me concedo que la *finalidad* alcanzada y descrita es el horizonte que, por ahora, deseo enfatizar. Y la misma, además, concierne a una idea ya de antiguo difundida; o sea ni novedosa ni genialoide.

Es más, postulo que dejemos cegarnos por claridades no tan momentáneas, ya que el *vínculo* entre “*actividad heterocompositiva*” y “*arbitraje*” ha de ser, pienso yo, diáfano y pacífico.

Para empezar, el incordio -del *arbitraje* para algunos, se entiende- afecta al mismísimo texto *constitucional*. Y como creo que éste es momento de meterse en honduras, no deseo omitir el tratamiento *constitucional* del mentado *vínculo* por lo que me veo obligado a señalar que no comparto esa zafia y expeditiva “verdad” de algunos consistente en *no justificar* el arbitraje en el texto constitucional. Así que, si por ahora no he razonado del todo mi postura, confío en que al menos haya aclarado por quien no tomo partido.

Reivindicada queda, pues, mi opción *tout a court*, en detrimento de ese títere verbal de la “*actividad heterocompositiva*” sin mayor justificación. Pero, con ello, no he agotado la materia de los desacuerdos; porque aflora entonces la verdadera opción con *appeal*, bastante menos trivial que la mentada “*actividad heterocompositiva*” y que comprimiré en un planteamiento simple como éste: el arbitraje es un ámbito heterocompositivo de resolución de controversias que *se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico reconocido en la Constitución* (el art. 1.1. de la Constitución establece que nuestro Estado de Derecho propugna, como *valor superior de nuestro ordenamiento jurídico*, “*la libertad*”).

Del deslinde entre “*heterocomposición*” y “*libertad*” se sigue que son dos operaciones lógicamente distintas aunque relacionadas. Daré un pasito más, porque tanto en lo que atañe al *control* de esa “*heterocomposición*” como en lo referido a su proyección de “*libertad*” se requiere un plus de argumentación para defender que el *convenio arbitral* puede constituirse, perfectamente, en inspector crítico de la justificación en “*libertad*” de la “*heterocomposición*” *arbitral* sin por ello invadir esferas competenciales ajenas. Entre los procesalistas (yo, el primero: 2005¹) se entrevió la manera de catapultar la llaneza que supone relacionar “*heterocomposición*” y “*libertad*” en orden a que, como indica el ponente Xiol Ríos², (y, yo mismo, en 2005³) “*el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento*” -énfasis mío-.

Por la senda *constitucional* transito, yo el primero, cuando se desea trazar la raya hasta la que se extiende el *control* de la “*heterocomposición*” *arbitral* en “*libertad*”.

No es necesario, pues, acudir a la dialéctica erística a la que se le conoce como el arte de discutir, y de discutir de tal modo que uno siempre lleve razón, es decir *per fas et nefas* [justa o injustamente]. No se trata, pienso yo, de que se pueda poseer la razón objetiva y sin embargo carecer de ella a ojos de otros, incluso a veces a los propios ojos. Por tanto, la *verdad objetiva* de una proposición -es la del artículo 1.1. de la Constitución que establece que nuestro Estado de Derecho propugna, como *valor superior de nuestro ordenamiento jurídico*, “*la libertad*”- y su *validez* no son dos cosas distintas y divorciadas porque simplemente no hay dialéctica. Lo innato -constitucionalmente, se entiende- es aquí, como en todos los casos, lo mejor: *doctrina sed vim promovet insitam*.

Pero al respecto, diré, además, -para salir al paso de algunos incautos- que, cuando existe resolución heterocompositiva *justificada* en la autonomía de la voluntad, *no se infringe* el “*derecho al juez ordinario predeterminado en la ley*” que reconoce el artículo 24.2. de la Constitución.

Voy a desmigrar, no tan ligeramente, la anterior afirmación. De entrada, no existe desencanto constitucional. No me hallo, en suma, en la postura del *sarebbe bello ma non è possibile*. No. Insisto, no existe desencanto porque *no es posible postular* en el arbitraje *infracción* del “*derecho al juez predeterminado en la ley*” por cuanto el valor *primario* a tener en cuenta es el de la *autonomía de la voluntad*. Es la *verdad objetiva* de una proposición -la del artículo 1.1. de la Constitución que establece que nuestro Estado de Derecho propugna, como *valor superior de nuestro*

¹ LORCA NAVARRETE. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, 9ª reimpresión, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005, pag. 1.

² XIOL RÍOS, “STS de 11 de febrero de 2010”, en *RVDP4*, 3, 2010, § 460, pag. 733. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

³ LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23*, op. cit., pag. 1

ordenamiento jurídico, “la libertad”- y su validez como dos cosas -lo he dicho renglones antes- que no son distintas y divorciadas. Me explico y mírese por qué.

Ningún precepto legal ni constitucional *impone* a las partes la *obligación* de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales para resolver sus controversias. A tal efecto, y sin dilatar me con mancas y atrevidas paráfrasis de propia cosecha, diré que el *derecho al juez ordinario predeterminado en la ley* (art. 24.2. de la Constitución) lo ostentan las partes *siempre* que acudan a la jurisdicción estática o estatal, no cuando *voluntariamente* [“libremente”] han aceptado que sus controversias sean resueltas acudiendo a otros medios heterocompositivos como es el arbitraje previsto en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, en la LA. Y aquí quería llegar: *la justificación constitucional del arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.1. de la Constitución. No se justifica en el artículo 24 de la Constitución.*

Y no cambio de tercio porque deseo acometer la exposición de una serie de batería de motivos -esta vez jurisprudenciales- para reiterar que la *justificación constitucional del arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.1. de la Constitución*. Y por eso pasaré a tales argumentos jurisprudenciales. Para designarlos a todos ellos utilizaré la expresión de *pertinencia*.

A este respecto, señalaré que es *pertinente* que la ponente Carrasco López, con ocasión de la vigencia de la LA de 1988, diga⁴ «que si hubo acuerdo o voluntad de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, *no se infringió el derecho al juez predeterminado en la Ley* -énfasis mío-, en tanto en cuanto en materia civil rige el principio dispositivo según el cual las partes pueden solventar sus conflictos acudiendo o haciendo uso del procedimiento arbitral sin acudir por tanto a los Tribunales; *ningún precepto legal ni constitucional impone a las partes en esta materia la obligación de acudir a los órganos judiciales para resolver las controversias existentes entre ellos* -énfasis, de nuevo, mío-. Es más, el derecho al juez predeterminado, lo ostentan las partes *siempre que acudan a los órganos judiciales* -énfasis mío-, y no haya habido sumisión en su caso, para que resuelvan los litigios, *no cuando voluntariamente han aceptado que éstos sean resueltos acudiendo a otros medios como es el Arbitraje, derecho previsto en nuestro ordenamiento jurídico...*» -énfasis mío-.

La segunda afirmación -la del ponente González González- es, incluso, más descarada. Se colocan en la bóveda axiológica, sin conmisericordia alguna, *los valores de la libertad, la autonomía y la iniciativa de las partes* al decir que conviene⁵ «tener presente desde un principio que, como señala el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de noviembre de 1995 (...), el arbitraje es un medio para la

⁴ CARRASCO LÓPEZ, “SAPM de 4 de abril de 2000”, en *RVDPA*, 3, 2001, § 274, pag. 646. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “SAPNa de 15 de octubre de 2004”, en *RVDPA*, 1, 2006, § 330, pag. 105. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

solución de conflictos *basado en la autonomía de la voluntad de las partes*, y supone -dice el ponente González González- *una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros Ley*» -énfasis mío-.

Tomando el relevo de las objeciones, que acabo de despachar, surge una tercera que, por la misma pista, corre en pos de idéntica meta que la anterior: *el principio de autonomía de la voluntad engrosa el acervo del “mérito” del arbitraje y, por eso, se sustrae a la censura jurisdiccional*.

Sigo arguyendo -he de confesarlo-, no tanto en razón de las limitaciones del *objeto* controlado (la *no identificación* entre sistema arbitral y función jurisdiccional) sino, a la vista de los confines inherentes a la naturaleza del *control* (el principio de autonomía de la voluntad) sin que me sorprenda y me azore esta nueva remisión al claustro de la “*voluntad de las partes*”, pareciendo dar por sabido, sentado y pacífico a qué nos estamos refiriendo. Y no hay tal, en mi opinión. No obstante, veámoslo más despacio.

Figura descollante en lo que ahora me entretiene parecer ser -en mi modesta opinión- el ponente Cruz Moratones⁶ al sostener que “qualitativament no poden identificar-se sistema arbitral i funció jurisdiccional. L'àmbit d'actuació de l'arbitratge queda reduït a les matèries de lliure disposició (art. 2.1 LA); els àrbitres ni gaudeixen de la singular potestat de fer executar el jutjat, ni deriven la seva potestat de la sobirania popular i el poder de l'Estat (art. 118 C E.), *sinó de la voluntat de les parts com a font de legitimitat i legalitat*” -énfasis mío- (art. 1255 CC).

Con su parrafada, el ponente Cruz Moratones parece sostener que⁷ “*la voluntat de les parts*” denota el ámbito al que se adscriben las valoraciones que realiza conforme a reglas o parámetros jurídicos por lo que, entonces, todo lo que atañe al procedimiento lógico de valoración técnica del arbitraje se convierte enteramente en un *control* sobre la existencia de “*la voluntat de les parts*”⁸.

Muchos son los argumentos que se prestan para abogar en favor de la que, antes, he denominado *pertinencia*. De ese surtido argumental he tomado unas cuantas piezas pero creo que han bastado para la finalidad anhelada. Y ahí están.

⁶ CRUZ MORATONES, “SAPGi de 27 de octubre de 2006”, en *RVDP*, 2, 2008, § 392, pag. 419. Se puede consultar en la web: cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

⁷ CRUZ MORATONES, “SAPGi de 27 de octubre de 2006”, en *RVDP*, 2, 2008, § 392, 419, pag. 419. Se puede consultar en la web: cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

⁸ CRUZ MORATONES, “SAPGi de 27 de octubre de 2006”, en *RVDP*, 2, 2008, § 392, pag. 419. Se puede consultar en la web: cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

II.- La patología jurídica en el arbitraje: la controversia

Yendo a la caza de una de las peculiaridades más distintivas del arbitraje, suscribo la tesis consistente en la conveniencia de que la LA adopte el término “*controversia*” para referirse a las hipótesis de la *patología jurídica* que se contemplan en el arbitraje y a la que aludí antes (arts. 2.1., 3.1. b) y c), 9.1., 11.1., 34.2., 36.1., 37.1. y 37.2. LA). Ahora bien, habré de desterrar, ya de entrada, la cándida convicción de que tal unanimidad se manifieste por doquier con idénticos requerimientos. Y no. Para explicarlo, resulta preceptiva la alusión, siquiera esporádica, de la LA a “*diferencias*” (art. 10 LA) o a “*litigio*” (art. 38.2. a) LA).

Henos, pues, en el corazón de un concepto *procesal* que afecta a la *patología jurídica* que se contempla en el arbitraje. Y de aquí se hilan consecuencias que contaminan a la hechura misma del tal concepto. Por lo que téngase a la vista que es, a su examen, a lo que voy.

Pues bien, eso requiere destacar dos cosas, seguramente obvias: primera que el término es afortunado y se alinea con el llamado “*conflicto planteado*” del artículo 2 LAP de 1953 o con la “*controversia*” de la LA de 1988 aludida en los artículos 30.2. y 38.2. LA de 1988 a propósito, el primero, del plazo concedido para formular el laudo arbitral y, el segundo, con ocasión de la resolución de la *controversia* por la vía judicial cuando los árbitros designados directamente por las partes no aceptan o se imposibilitan para emitir el laudo arbitral, o la corporación o asociación a la que se encomendó la gestión y administración del arbitraje no aceptaba el encargo; y, segunda, que con la denominada “*controversia*” de la vigente LA es posible ubicarse en un contexto legal al que *es consustancial* la existencia de una “*contestación*”.

Y a lo que voy. La característica esencial de cualquier *patología jurídica* que se desee someter a control reside en la posibilidad de su *objetivación*. No sé si esta formulación es o no correcta, pero con ella quiero significar que la *objetiva contestación* justificadora de la *controversia* surge en la LA como el elemento conceptual *clave* para aprehender la patología jurídica en el arbitraje.

Y, pese a ello, la LA de 1988 se mantenía emperrada en que la, por ella denominada “*cuestión litigiosa*”, era el *resoconto* del proceso intelectual al que debía abocarse la patología jurídica en el arbitraje ¿A qué se debe semejante empecinamiento? Quizás porque el desajuste entre lo que *se piensa* y lo que *se escribe* deba ser proscrito por lo que supone de actitud filisteas. De manera que, aún cuando se haya esfumado la posibilidad de verificar si hay o no concordancia entre la “*controversia*” de la vigente LA y la “*cuestión litigiosa*” que conceptualmente se utilizó en épocas pretéritas por la LA de 1988, por lo menos no parece extemporáneo ponderar, en la vigente LA, una justificación conceptual *más afortunada*.

De ahí que, sobre este particular sufragaré una postura diversa a la encarada por la LA de 1988. Es decir, no sólo sostengo que la fortuna conceptual de la

opción a favor de la “*controversia*” de la vigente LA es preciso hallarla en la ubicación del *objeto* del arbitraje -a través de la denominada “*controversia*”, se entiende-, en un ámbito que *no ha preterido* la *contestación* por cuanto es preciso también afirmar que, en la *heterocomposición arbitral*, es normal alcanzar un ámbito de *refrendo institucional* de la *contestación* que, *por propia naturaleza*, *no trata de huir del conflicto básicamente institucionalizado* del que se aleja la denominada “*cuestión litigiosa*” de la LA de 1988 ubicable, por el contrario y en mi parecer, en un ámbito conceptual *más vehemente*, pero *menos institucional* respecto del tratamiento de la *contestación*.

Pero también hay que reparar en que la “*controversia*” posee en la LA una indudable proyección *de presente y futuro* por lo que quedamos en que los esfuerzos y fatigas que, eventualmente, procura su búsqueda -el de la “*controversia*”, se entiende- no carecen de *appeal* cuando se trata de ponderar, además, su proyección *real, no ficticia*. Esta advertencia importa mucho para usufructuar con provecho otra pareja de distinciones; la que sirve para hacer converger los *approaches* *disposición/conformidad a derecho* respectivamente. Esta nueva distinción nos viene pintiparada para estipular que en la LA cualquier controversia puede constituirse en el objeto del arbitraje *a menos* que se trate de una controversia indisponible o que su conocimiento se atribuya *exclusivamente* a un juez estático [estatal]. En base, pues, a esa delimitación, el objeto del arbitraje puede y debe comprender las controversias *paraarbitrales* cuya resolución *sea precisa* para que proceda el arbitraje. Y no sólo eso. Se han de comprender también en la LA las controversias *ad intra* por cuanto su determinación se puede hacer depender de la delimitación que *con posterioridad* se pueda realizar de ella en las actuaciones arbitrales a realizar por parte del árbitro. Eso propicia -pienso yo- que la “*controversia*” *no proyecta, en la LA, un ámbito conceptual estático, sino dinámico*.

Pero, desgraciadamente no todos los coros -algunos pocos angélicos- cantan las maravillas de semejante aseveraciones. Y, como los asuntos trabajados no dan lugar a holgura en su tratamiento, eso propicia que me sienta con ánimo y confiado para entrar en otro berenjenal. Porque deseo añadir una cosa más: la “*controversia*” a que alude la LA *no surge bajo el signo de la frustración*, como sucedía con el arbitraje que instituía la LAP de 1953, cuando ésta indicaba *que no era arbitraje el realizado por un tercero para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente* (art. 2 LAP de 1953). Las consecuencias se veían, entonces, venir. A través de tan paradigmática dicción *se excluía*, incomprensiblemente, esa actividad de *completar e integrar* del ámbito del arbitraje que *sólo* se justificaba en un ambiente de *graves e importantes reticencias* hacia la actividad de laudar. Y mírese por qué.

Separar el binomio *solución de una controversia-completar o integrar una relación jurídica*, era tanto como tratar de alcanzar la cuadratura del círculo. Incluso al socaire de ese binomio surgió, con la vigencia de la LAP de 1953, *la distinción entre árbitro y arbitrador* [éste último sería el que *completaría o integraría una relación*

jurídica aún no definida totalmente] que *desapareció* con la LA de 1988, al no aludir a ese binomio, por lo cual, al no existir apoyo para seguir fundamentando la existencia del *arbitrador* solo es posible optar por *hacerlo desaparecer*. No obstante, la figura del *arbitrador* [ò también llamada *arbitrio de un tercero*] era comúnmente reconocida por el TS al amparo de lo establecido en la LAP de 1953.

Y a lo que voy. En orden a ese reconocimiento son expresivos los términos en que se expresa el ponente Serena Velloso. La índole de su exposición -un inventario puntual de lo logrado con la LAP- no hace extremadamente complicado, para el paciente lector, la tarea de enhebrar -y, además, con carácter sumario- una ristra de cuestiones en un hilo inteligible. No las puedo omitir y para vérselas ahí están sus palabras⁹: «la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitraje de Derecho Privado, *delimita la figura del arbitraje, distinguiéndola de otras afines y declarando en el párrafo segundo del artículo segundo que “no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica no definida totalmente”* pues “*en este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular, que hoy en cada supuesto se establece*” -énfasis mío-; y lo que, si bien se mira, han efectuado los árbitros en el caso que se ofrece a la consideración de la Sala ha sido el instalar dentro del contrato de compraventa y concretamente del pacto segundo-H, todo un procedimiento, ciertamente complicado, para ventilar si el terreno compensatorio puede o no puede ser urbanísticamente utilizado, incorporándolo al que forma parte de la segunda fase, objeto del contrato, lo que reconocidamente “se hace preciso averiguar (dicen) con escrupulosa exactitud”, procedimiento el dispuesto, que se despliega en la imposición al comprador recurrente de la obligación de hacerse con la documentación indispensable para solicitar del Ayuntamiento (todo a su costa) y dentro del plazo máximo de dos meses (más lo seis en que se supone habrá de recaer la resolución), de un “instrumento urbanístico” que ha de redactar determinado profesional, y en su defecto, aquel que el comprador elija entre los figurados en una terna formada por los vendedores, quienes quedan obligados únicamente a suscribir la documentación; *y bien se ve que todo esto que se contiene en el bienintencionado laudo que se combate por el recurso, no es “interpretar” la cláusula, sino, completarla imponiendo complejas actividades ni siquiera “in fieri” queridas al contratar, como expresamente lo reconocen los árbitros al razonar que los contratantes en liza “no contemplaron de manera exhaustiva los supuestos de hecho que podían surgir en el desarrollo del mecanismo operativo contractual”* y es por ello “*que se hace preciso que por los árbitros se subsanen aquellas imprevisiones*”, olvidando que su misión es decidir la controversia a partir de lo convenido “*inter partes*” y que excede su misión por caer fuera de los términos del compromiso el crear “*ex novo*” ellos y haber de aceptar el recurrente luego el dispositivo ideado para despejar el punto de si los terrenos aledaños de diecinueve mil setecientos sesenta y ocho

⁹ SERENA VELLOSO, “STS de 2 de mayo de 1985”, en *ReCiVAr*, 2, T.I -1986-, págs. 339 a 345.

metros cuadrados que escoja el mismo para sustituir los once mil doscientos noventa y seis metros “reconvertidos” pueden o no ser urbanísticamente incorporados al que fue objeto del contrato de veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y uno» -énfasis, de nuevo, mío-

Parece que no es preciso discernimiento muy agudo para sacar provechosas conclusiones de las parrafadas del ponente Serena Velloso¹⁰. Pero, afortunadamente cuento con el rumbo de la doctrina que, ya entonces, fue otro muy distinto definitivamente enderezado a que el árbitro *también* pudiera *completar e integrar* una relación jurídica.

Lo propugnó -con la vigencia aún de la LAP de 1953-, exhibiendo los conflictos entre los pronunciamientos de una y otra corriente -la de la LAP y su jurisprudencia en el TS y la doctrinal-, Ruíz Vadillo¹¹ cuando señalaba -ya en 1986- que una reforma del Derecho de arbitraje debía afectar a su objeto «pudiéndoles encomendar a los árbitros la tarea de *completar, en su caso, los elementos de su relación jurídica*» -énfasis mío-.

Pero no, todavía no había llegado el momento de bajar la guardia. El acertado criterio de Ruíz Vadillo¹² planteado en 1986 ofrecía bases fértiles para el análisis y la valoración de la tan jarandea cuestión. Porque ¡cuidado que se han dicho cosas!

Y es que deseo entrar en la sustancia temática de la misma por lo que permítame el lector abusar de su paciencia en orden a realizar cierto dispendio de algunas ideas dedicadas a tal fin que, a la postre, se revelan de una obviedad superlativa, pero que -por lo que sea- se han confundido a menudo.

Por lo pronto en los discursos doctrinales que giraron en torno a la vigencia de la LA de 1988, era común usar *aún* indistintamente los vocablos *solución de una controversia-completar o integrar una relación jurídica* como si de una realidad jurídica *diversa* a la actuación de laudar del árbitro se tratara. Y lo que pudo quedarse en oscilación terminológica acabó en consecuencias de mayor peso; ya que los estudios sobre arbitraje -ya vigente la LA de 1988- daban cabida a los mentados vocablos aludidos renglones antes -son los aludidos como *solución de un conflicto-completar o integrar una relación jurídica*-.

Por ello, para evitar equívocos, no estará de más identificar el origen de la *resurrección* de los mismos -de los vocablos aludidos renglones antes como *solución de una controversia-completar o integrar una relación jurídica*-. Condensaré en una serie de trazos el nervio argumental en el que deseo apoyarme. Ahora bien, puesto que el objeto de mi escrito consiste en contrastar ideas y no en buscar la confrontación (dialéctica, claro) con personas, me tomaré la licencia de

¹⁰ SERENA VELLOSO, “STS de 2 de mayo de 1985”, en *ReCiVAr*, 2, T.I -1986-, págs. 339 a 345.

¹¹ RUIZ VADILLO, “La reforma de la ley de enjuiciamiento civil. El proceso de menor cuantía. La transacción, el arbitraje”, en *RDC*, 4 de 1986, pag. 183

¹² RUIZ VADILLO. “La reforma de la ley de enjuiciamiento civil. El proceso de”, op. cit., pag. 183.

confeccionar un listado con la suma de razonamientos extraídos del material ya indicado, aunque el constructo resultante no sea finalmente el retrato de nadie. Comenzaré con Montero Aroca. De su literales indicaciones se desprende, sin lugar a la duda hermenéutica, que el árbitro no debía *atender* los supuestos en los que se postulara la *integración o complementación* de una relación jurídica. Hilando con lo que antecede no es baladí recordar esa literalidad. Señalaba el mentado Montero Aroca que¹³ «existen en el ordenamiento jurídico figuras en las que, interviniendo un tercero en una relación jurídica, cabe descartar desde el inicio que esa intervención se haga para imponer a las partes la solución de un conflicto. De ello resulta que no cabe hablar aquí de arbitraje ni siquiera en términos generales, dado que no estamos ante una solución heterocompositiva de un conflicto. Este es el caso de: a) *La integración de una relación jurídica incompleta* -énfasis mío-. Y por si cupiera la duda ahí va la guinda. Montero Aroca sostenía que¹⁴ “el juez y el arbitro dirimen conflictos imponiendo una solución, pero *no perfeccionan* relaciones jurídicas” -énfasis, de nuevo, mío-.

Por descuido o porque el ritmo del cambio social es más acelerado que el de la producción doctrinal -a veces- o por lo que fuere, lo cierto es que el derecho emanado con la LA de 1988 carecía de previsión normativa para el supuesto aludido por Montero Aroca en 1990.

Arribamos con esto no a una interrogante si no a una afirmación: la sola admisión de la figura del arbitrador -o sea el que *completa o integra una relación jurídica*- suponía “cuartear” el arbitraje y justificar, por ende, su *inoperancia* con la introducción de figuras estériles que, a fuerza de fraccionar la figura del árbitro, propugnaban o secundaban -permítame el lector que lo diga: “ninguneaban”- su nula o escasa proyección práctica.

Sin ninguna irresponsable licencia de la imaginación, podríamos confeccionar una generosa lista -por fortuna no muy abundante- con opiniones símiles. O sea, que han existido afirmaciones de claridad auroral. Y a lo que voy. Cordón Moreno decía en 1995 como la LA de 1988¹⁵ «*no excluye la figura del arbitrio de un tercero, que es llamado por las partes para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente* -énfasis mío-. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han delimitado la figura del arbitrio de un tercero frente al arbitraje. El arbitrador es una persona -decía- conocida y en cuya prudencia se confía, porque se sabe que resolverá adecuadamente el problema que se le plantea, teniendo en cuenta y ponderando adecuadamente todas las circunstancias del caso; los principios que ha de seguir “no son jurídicos, sino de naturaleza equitativa”».

¹³ MONTERO AROCA, *Comentario breve a la ley de Arbitraje*. AA.VV., Madrid, 1990, págs. 32 y 33.

¹⁴ MONTERO AROCA, *Comentario breve*, *op. cit.*, pág. 34.

¹⁵ CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el Derecho Español: interno e internacional*. Pamplona 1995, págs. 44 y 45

Y la sorpresa crece al observar que el elenco de argumentos lejos de disminuir en intensidad se consolidaba. Del mismo aire respiraba Reglero Campos, que decía en 1991 que¹⁶ «la remisión por las partes a un tercero de la decisión acerca de alguno o algunos de los elementos que componen una determinada relación negocial, sin que medie al respecto una situación litigiosa entre ellas, también cae, a mi juicio, fuera del campo de aplicación de la nueva Ley -es la LA de 1988 siendo mío, por lo demás, el énfasis-, por lo que si bien tal decisión tendrá fuerza obligatoria para las partes, no tendrá otra eficacia ni valor que el general de todas las obligaciones».

Y lo cierto es que, ya la LA de 1988 -como la vigente LA-, *no admitía ni regulaba la figura del arbitrador o arbitrio de un tercero* siendo más cierto aún que *ni siquiera* su regulación se realizase al margen de la LA al no existir justificación técnica y legal para seguir manteniéndola. Lo que no está de sobra señalar.

Pero, sigamos. Con el paso del tiempo los paladines del “divorcio”: *solución de una controversia-completar o integrar una relación jurídica* han quedado en minoría y, en su lugar, ha prosperado la tesis de la *integración*; es decir toda la senda a recorrer por el árbitro en orden a laudar *debía ser una misma: la solución de una controversia*. No existían quebradas que la hicieran inoperante que, a fuerza de quebrarla -la senda, se entiende- por la que debía discurrir el árbitro para laudar, propugnaban o secundaban a la postre -o al menos se prestaba a ello- la nula o escasa proyección práctica de la actividad del árbitro en orden a laudar consistente -ni más ni menos- que en *solucionar controversias*. Por eso, creo que el *status quaestionis* hodierno en torno a la polémica surgida debe ceñirse a un inventario más verosímil. Para tal fin me sirve ni que pintiparado Roca Martínez ya que nos pretende evidenciar que¹⁷ «la LAP supuso, en su momento, la innovación de recoger en un texto de derecho positivo la distinción [alude a la distinción entre árbitro y arbitrador], reflejándose en la jurisprudencia; sin embargo, -dice- la vigente LA -es la LA de 1988, se entiende- no ha tratado el tema, con lo cual la distinción ya no puede apoyarse en el derecho positivo -énfasis mío-».

Proyectando la anterior afirmación en el Derecho comparado resulta, sin duda, emblemática la ley sueca sobre arbitraje de 5 de marzo de 1999. El artículo 1 LSAr dispone¹⁸: las partes pueden permitir a los árbitros *completar* el contenido del convenio arbitral.

Pero, por más vueltas que le doy a esa ristra de razones, encuentro (porque, a lo mejor, no soy un obtuso) *datos* (bien subrayado, por favor) entre los argumentos esgrimidos.

¹⁶ REGLERO CAMPOS, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley 5 de diciembre de 1988)* Madrid 1991, págs. 141 a 146.

¹⁷ ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, 1992, pág. 34.

¹⁸ Cfr. RVDPA, 2, 2001, pág. 504.

Porque, si deseo estar en lo cierto, habré de convenir, además, que el CC (*que no ¡ajo! la LA*) *simpatiza* con la figura del *arbitrador* y que hallaré fundamento, en ese aspecto, en el ponente Corbal Fernández¹⁹ por lo que, al menos, quedará advertido *de su existencia* y aposentaré mi boca abierta -pero no de arrobo sino de estupefacción- al invitar al complaciente lector -ahora sí- a consultar la batería de argumentos que, en defensa del *arbitrador en el CC*, formula el mentado ponente Corbal Fernández²⁰.

¿Qué se barrunta? Que el CC *no es ajeno* a la figura del *arbitrador*. Veamos un ¿claro? ejemplo.

El *monitum* jurisprudencial sugiere dar por bueno el tema relevante: “versa -al decir del ponente Corbal Fernández²¹- sobre la *determinación* -énfasis mío- del precio de unas acciones sindicadas, y más concretamente si el precio fijado por el auditor se acomoda a la equidad” -énfasis mío- lo que es una invitación a «que la determinación del precio *por un tercero* -énfasis mío- está admitida explícitamente por el art. 1.447 del Código Civil -"se deje su señalamiento al arbitrio de una persona determinada"-, *lo que se configura* -según el ponente Corbal Fernández²²- *en la doctrina como un complemento o integración de una relación, o mejor, una realización o sustitución de una concreta actividad negocial*» -énfasis mío-.

Y de la mano del *monitum* jurisprudencial hallamos más que hipotéticos intereses en condicionar el “*complemento o integración de una relación*” que no condicionan -¡muy al contrario!- la veracidad de ese “*complemento o integración*”. Para empezar, se aprecia²³ “que la normativa legal no establece un criterio concreto *para la determinación del precio por el tercero*” -énfasis mío-.

Para el ponente Corbal Fernández²⁴ «no hay problema cuando nos hallemos ante un “*arbitrium merum*”, porque, al dejarse la decisión a la libre voluntad o leal saber y entender del arbitrador, su criterio vincula a los

¹⁹ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, págs. 151 y ss. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²⁰ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, págs. 151 y ss. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²¹ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²² CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²³ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²⁴ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

interesados. El tema es más complejo cuando se trata -dice el ponente Corbal Fernández²⁵- de un “*arbitrium boni viri*”. La mejor doctrina entiende que los artículos 1.447 y 1.690 CC contienen instituciones paralelas y, por consiguiente, es aplicable al supuesto de aquél la norma del segundo relativo a la designación de la parte de cada uno de los socios en las ganancias y pérdidas de la sociedad civil que somete el juicio del tercero, al que se le confía la designación, a “la equidad”. El art. 64 LSA (para el caso de adquisiciones por causa de muerte y transmisiones consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución) alude a valor real (a partir de la Ley 44/2002, a “valor razonable”) y el art. 123 RRM, dispone en su apartado 6, que “no podrán inscribirse en el Registro Mercantil las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones, quedando a salvo lo dispuesto en la legislación especial”. Vale. Parece que la cuestión ¡resuelta!

Pero, hay más. Para el ponente Corbal Fernández²⁶ «la apreciación del arbitrador *es impugnabile* -énfasis mío- ante los Tribunales. Así lo establece expresamente el art. 1.690 CC para cuando “evidentemente haya faltado (el arbitrador) a la equidad”, y así lo reconoce con carácter general la doctrina de esta Sala (SS., entre otras, 21 de abril de 1.956, 22 de marzo de 1.966, 10 de marzo de 1.986)».

¡Ojo! no digo (tampoco excluyo) que el análisis registrado por el ponente Corbal Fernández²⁷ sea inmune al contraataque. No. Solo pretendo mostrar que, en lo tocante a la figura del *arbitrador en sede de CC*, el tan mentado ponente Corbal Fernández²⁸ suministra un abanico de argumentos para no descartar su presencia. Y eso es que, ahora, tocaba poner de relieve.

Se atisba, pues, que los no tan flamantes argumentos *desintegradores* de la actividad del árbitro, que surgieran ya con la LA de 1988 y perseverantes -para algunos- con la vigente LA, poseen unos contornos resbaladizos y, en nada, fiables.

Con estos prolegómenos se puede comprender que no sólo persevere en la idea consistente en que los árbitros *solucionan controversias* -¡no hay que dudarlo!-

²⁵ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²⁶ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²⁷ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

²⁸ CORBAL FERNÁNDEZ, “STS de 22 de marzo de 2010”, en *RVDPA*, 1, 2011, § 466, pág. 157. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

cuanto también que desee ejemplificar ahora los “*contextos*” resultantes de mantener la anterior idea.

La aplicación de esta directiva, que está ideada para aclarar lo que no dice la LA o lo que ésta no expresa de lo que quiso decir, plantea tantos o más problemas que los que pretende resolver. Los enunciare.

La primera duda atañe al significado que ha de atribuirse a la regla general consistente en que el arbitraje ha de recaer sobre *controversias* que se hallan *dentro de la esfera de la libre disposición de los sujetos interesados en ella conforme a derecho* (art. 2.1. LA). ¿Abarca esa regla general en su contorno la *imperatividad* y la conceptualización de *derecho necesario* de concretas normas? ¿Es esa *imperatividad* y conceptualización de *derecho necesario* contraria a la *controversia* que ha de hallarse *dentro de la esfera de la libre disposición de los sujetos interesados en ella conforme a derecho*? Parece tratarse que, la referida *imperatividad* y la conceptualización de *derecho necesario* de concretas normas, *no se opone a la disponibilidad -conforme a derecho*, se entiende *de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por esas normas*.

Y a lo que voy. Con la vigencia de la LA de 1988 la ponente Rallo Ayezcurén indicaba que el carácter *imperativo o de derecho necesario* de ciertas normas *no constituye por si mismo un obstáculo a la arbitrabilidad. Lo único que impide es que los árbitros en sus laudos arbitrales las infrinjan*. Y para no demorarme más, vaya la referencia jurisprudencial.

La ponente Rallo Ayezcurén se esmera en ello del modo siguiente²⁹: «por último, la representación de D. Vincenzo insta la anulación del laudo al amparo del artículo 45.4 de la Ley de arbitraje [es la LA de 1988], alegando que la materia objeto del procedimiento arbitral no puede ser objeto de arbitraje. En síntesis, la parte recurrente sostiene en este punto que la cuestión dirimida en el presente arbitraje se incluye en el marco legal regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia, cuyo artículo 3.1 *dispone el carácter imperativo y de Derecho necesario de los enunciados que la misma contiene* -énfasis mío-. Por ello, concluye la parte, la cuestión debatida se halla *más allá* -énfasis, de nuevo, mío- del poder de disposición de los sujetos y, en consecuencia, toda resolución arbitral que verse sobre dichos preceptos adolece de nulidad de pleno derecho. La argumentación no puede acogerse. Es cierto que el artículo 3.1 de la Ley de agencia proclama el carácter imperativo de sus preceptos a no ser que en ellos se disponga otra cosa. Así lo anunciaba la Exposición de Motivos de la Ley (apartado III). Sin embargo, como pone de relieve la parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, en principio, *la imperatividad de los preceptos de la Ley referida* [es la LA] *no constituye por si misma un obstáculo a la arbitrabilidad, sino que solamente impide que los árbitros en sus laudos infrinjan aquellas normas imperativas* -

²⁹ RALLO AYEZCUREN, “SAPB de 6 de noviembre de 2000”, en *RVDPA*, 1, 2003, § 308, pág. 180. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

énfasis, de nuevo, mío-. Así manifestaron entenderlo los árbitros en el laudo que se impugna. La imperatividad de ciertas normas *no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquéllas* -énfasis, de nuevo, mío-. Se cita como paradigma la viabilidad del arbitraje en una materia tan impregnada de imperatividad cual es la de los arrendamientos urbanos. Y, como señala la representación de "S., S.A.", la tesis expuesta encuentra apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 (...) *que distingue entre la imperatividad de las normas reguladoras de una determinada materia y la arbitrabilidad de la misma y viene a declarar que el convenio arbitral no alcanza a las normas de "ius cogens", sino al cauce procesal en que se aplican y que, en definitiva, debe atenderse al carácter, en su caso, negocial y, por tanto, dispositivo de las cuestiones sobre que recae la controversia* -énfasis, en fin, mío-».

Fijémonos ahora en los antecedentes estrictamente jurídicos. La historia del binomio *disponibilidad-conformidad a derecho* nos evidencia que, a veces, no se ha seguido una línea continua. Más bien una sucesión discontinua. Y cuando una institución jurídica enlaza (o se supone que enlaza) con otra del pasado el conocimiento de este puede servir eventualmente para aclarar el significado de su actualidad. Así, pues, la dimensión histórica sirve, en principio, para iluminar una hermenéutica actualizada. Sin embargo, esta apelación tan genérica a los "antecedentes" es terreno abonado para dejar más de un cabo por atar cuando de iluminar una hermenéutica actualizada se trata.

Me explico. Con la vigente LA, el artículo 2.1. LA *no lleva a cabo*- a diferencia de su antecesora la LA de 1988- una *tipificación listada* del elemento *objetivo* del arbitraje, sino muy al contrario establece una fórmula *en blanco* de remisión del objeto del arbitraje al *derecho conforme* de cada caso en particular.

Y por aquí es por donde es preciso comenzar a atar cabos. Y mírese por qué.

Con el artículo 2.1. LA se adopta una formulación *en positivo* de las materias que son susceptibles de arbitraje, pero sujeta a *condición*, no sólo por la libre disposición de cada una de ellas, sino además por actuar mediante la técnica de la remisión, que *positiva en blanco* el objeto del arbitraje refiriéndolo a la libre disposición, sin que ello sea, a su vez, obstáculo alguno para que luego no solo la jurisprudencia arbitral de las AAPP y de los TTSSJJ *cuanto también el legislador* realice una formulación *en negativo* de aquello que no es susceptible de arbitraje. En este punto la exposición de motivos de la LA se expresa con claridad meridiana. En tal sentido indica que "se reputa *innecesario* que esta Ley [la LA] contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta -dice la exposición de motivos de la LA- *con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio [por tanto], son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles*", y añade que "es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se *quiera excluir o limitar* su carácter arbitrable. Pero ello *excede* -según la exposición

de motivos de la LA- del ámbito de una regulación general del arbitraje *y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales*".

Es erróneo, por tanto, pensar que el artículo 2.1. LA desee contener una formulación *en negativo taxativa*, a modo de "*numerus clausus*", acerca de las "*materias de libre disposición conforme a derecho*". No es ni siquiera *preceptiva* en el sentido en que lo indicaba el artículo 2 LA de 1988 al señalar *expresamente* ese precepto las materias que "1. No *podrán* ser objeto de arbitraje...".

De ahí que, se insista sobre el carácter de *fórmula en blanco*, pero además *en positivo* -¡lo cual es muy positivo!-, que aporta el artículo 2.1. LA, que no se neutraliza con fórmula *en negativo alguna* tal y como pretendía acotar el artículo 2 LA de 1988. Existe, por tanto, una *amplia* acogida de la disponibilidad arbitral lo que le ha llevado a decir a Chillón Medina y Merino Merchán que, con la vigente LA, se ha producido un³⁰ "*ensanchamiento*" -énfasis mío- de la arbitrabilidad de las controversias. Y yo apuntillaría: *se ha gestado una cláusula de habilitación objetiva en favor del arbitraje*.

Pero, no tan raramente se produce otro fenómeno que también tiene una vertiente problemática. En lo que aquí interesa el deseo de *neutralizar* la *fórmula en blanco* de *arbitrabilidad* con la adopción de una fórmula *taxativa* de supuestos afectados por la *inarbitrabilidad*. Y lo extraño es que semejante postulado surgiera al unísono -sin el "casi"- en el trámite del PLA. Realizo un repaso del mismo para que el lector se haga una idea *de quien y por qué* surgió. Comencemos.

El grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV) presentó en el Congreso de los Diputados la enmienda número 1 al PLA con la justificación de que "*es más acorde con el principio de seguridad jurídica citar y delimitar (...) las materias que no pueden reconducirse a una solución arbitral*" -énfasis mío-. La enmienda del grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV) pretendía *mantener* el precedente del artículo 2 de la LA de 1988. No era una propuesta rupturista *sino conservadora* del mentado precedente de la LA de 1988. La diputada Uría Erxebarría dijo que con ella "seguimos la recomendación que hace el Informe de la Fiscalía General del Estado, haciendo una enumeración *que nos parece más acorde con el principio de seguridad jurídica que siempre es necesario preservar*" -énfasis mío-. En limpio. La diputada Uría Etxebarría pretendía *conservar* -"preservar"- el precedente de la LA de 1988 con la coartada que dice que le aporta la Fiscalía General del Estado justificada en la *preservación* en el arbitraje de lo que denominó "*principio de seguridad jurídica*" -énfasis mío-. Continuo. La diputada del grupo parlamentario mixto en el Congreso de los Diputados Lasagabaster Olazábal también insistió en la *preservación* en el arbitraje de lo que denominó "*en aras de una mayor seguridad*" -énfasis mío-. La actitud que defendía la diputada en "aras"

³⁰ CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN. "Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje", *Diario La Ley*, núm. 5945, 2004.

de esa mayor seguridad pretendía que se determinara “*con mayor precisión* -énfasis mío- las materias que -decía- *quedan extramuros* -énfasis mío- de la solución del arbitraje” y, al igual que la diputada Uría Etxebarria, la diputada Lasagabaster Olazábal acude, a través de la enmienda número 43, a la *coartada* de la Fiscalía General del Estado de entonces: *porque “en este sentido también se ha manifestado la Fiscalía General del Estado”* -énfasis mío-. A esa misma coartada acudió el grupo parlamentario catalán [Convergència i Unió] en el Congreso de los Diputados a través de la enmienda número 64.

Ya se habrá barruntado que no deseo ocultar que me recreo en el *continuismo y en los criterios conservadores* de sus señorías. Acudo ahora al grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados que, sin pudor alguno, postuló el precedente que estableció la LA de 1988 porque “todavía hoy imperan *demasiadas interrogantes* -énfasis mío- en este ámbito” [esto es, en el ámbito de las materias denominadas *inarbitrables*]. El grupo parlamentario socialista no utiliza la coartada del Informe de la Fiscalía General del Estado. Por su parte, el grupo parlamentario federal de izquierda unida en el Congreso de los Diputados, con una total ausencia de originalidad argumentativa, postuló, como enmienda número 16, la *conservación* sin paliativos del precedente constituido por el artículo 2 de la LA de 1988. Amén.

Y recapitemos por ahora. El diputado popular en el Congreso de los Diputados Bueso Zaera no aceptó ninguna de las enmiendas porque se “pretende *volver* -énfasis mío- a la redacción de la ley de 1988 y la Comisión general de Codificación consideró más correcto *establecer el ámbito de manera positiva para evitar que la visión de algún supuesto plantee problemas interpretativos* -énfasis mío-”.

Paso ahora al Senado. En la tramitación del PLA en esa sede legislativa los senadores Cabrero Palomares y Cuenca Cañizares del grupo parlamentario mixto plantearon la enmienda número 3 ya que “resulta necesario *completar el texto* -énfasis mío- haciendo *menção expresa* -énfasis mío- a aquellas cuestiones, si bien disponibles por las partes pero sobre las que ha recaído sentencia firme, bien en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación de quien no puede hacerlo por sí mismo”.

Insisto. Me recreo en el *continuismo y en los criterios conservadores* de sus señorías.

El grupo parlamentario de senadores nacionalistas vasco (GPSNV) reprodujo en el Senado la enmienda número 1 que postuló en el Congreso de los Diputados pero, ahora, como enmienda número 29. El grupo parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) reprodujo la enmienda 101 del grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados a través de la enmienda número 40. Lo mismo hizo el grupo parlamentario socialista al reproducir su enmienda número 101 ahora como la número 56. Por último, el grupo parlamentario catalán en el Senado reprodujo, a través de la enmienda

número 74, la enmienda número 64 que postuló en el Congreso de los Diputados.

Y recapitemos de nuevo pero, ahora, con “espíritu y finalidad” -o sea, con *fundamento*- que es como se acostumbra a entender la verdadera sustancia de lo que se postula. Para tal fin me vienen pintiparadas las afirmaciones del senador popular Gutiérrez González, que *no admitió* ninguna de las enmiendas postuladas porque “se ha optado por una regulación de las materias propias del arbitraje *desde la generalidad y no desde la particularidad* -énfasis mío-. Lo que hacen las enmiendas que plantea el grupo parlamentario socialista, el grupo parlamentario catalán en el Senado de Convergencia i Unió, y algún otro, *no es sino acudir al artículo 2 de la Ley de 1988* -énfasis mío-, pionera en la regulación de las materias que podían incluirse en el arbitraje. Pero es evidente que desde la generalidad en que se plantea la regulación del artículo 2, *adonde se acude es a la facultad de disponibilidad que tienen los particulares respecto a los derechos civiles inherentes a ellos mismos, y desde este punto de vista quedan excluidos todos y cada uno de los párrafos que se contemplaban en el artículo 2 de la Ley de 1988 (...)* -énfasis mío-. Por tanto, *el acudir al criterio genérico y basar la materia objeto del arbitraje en la facultad de disposición creo que es un salto hacia delante que después se resolverá a través de la casuística obvia, que queda regulada perfectamente por el propio Código Civil*. Es una opción legislativa que *rompe* con el diseño de la Ley de 1988” -énfasis, otra vez, mío-.

En fin, sea correcto o equivocado este análisis, lo cierto es que, al menos, no se recrea en el *continuismo* y en los *criterios conservadores* de sus señorías.

Pues bien, traigamos ahora a la palestra las significaciones que había enunciado y anunciado renglones antes a propósito de la expresión *disponibilidad-conformidad a derecho*. Y estaría en la inopia si, tras predicar la decisiva *incidencia* de la denominada *conformidad a derecho* en la *disponibilidad* del *objeto arbitrable*, no me detuviera aquí como si no hiciera falta ninguna aclaración más.

Me explico. Cuando la LA de 1988 atizaba la *distinción* entre materias que *conforme a derecho se hallaban dentro de la esfera de la libre disposición*, de un lado y, de otro, materias que, igualmente y *conforme a derecho, no son susceptibles de situarse en la esfera de la libre disposición* de los interesados en el arbitraje obligaba a “dogmatizar” acerca de lo que era o no susceptible de arbitraje “*conforme a derecho*”. Y a esa actividad coadyuvaba la LA de 1988 cuando establecía los supuestos en que *no sería posible el arbitraje* (art. 2 LA de 1988). Así, pues, en ese ámbito, la LA de 1988 era *continuista* con la LAP de 1953. Y, tras ese continuismo, la LA de 1988 pretendía, quizá confesadamente, *defraudar* la operatividad de la díada *poder de disposición-libre disposición como esencial para la identificación, sin complejos, de las controversias arbitrables*.

El resultado no se hizo esperar. El artículo 2 LA de 1988, al delimitar *negativamente* el objeto del arbitraje, siguiendo el precedente de la LAP de 1953, incurría en el *fraude al arbitraje* que ya asumió plenamente la LAP de 1953; o

dicho de otro modo, que el ámbito *restrictivo*, que subyacía en el artículo 2 LA de 1988 en sus diversas hipótesis, provocaba la inoperancia *relativa* del artículo 1 LA de 1988 *defraudándolo* -el art. 1 LA de 1988 disponía: “mediante arbitraje, las personas... pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros...las cuestiones litigiosas... en *materia de su libre disposición conforme a derecho*”- como asimismo sucedía en el arbitraje que disciplinaba la LAP de 1953.

Y mírese por dónde que un mismo hilo argumental unía a LA de 1988 y LAP de 1953 acerca de lo que debía entenderse por materia de libre disposición, ya que el planteamiento que asumió la LAP de 1953, y luego la LA de 1988, *defraudaba la legítima aspiración del arbitraje de asumir no la disposición legal, sino la disposición con la que desean operar los propios interesados en el arbitraje*.

Y a este respecto, diré que la vigente LA es, en cambio, *rupturista*. Frente al carácter *fraudulento* del artículo 2 LA de 1988 es preciso reafirmar el uso por el árbitro, de una hermenéutica *amplia* -es, quizá, el “*ensanchamiento*” a que aludiera más arriba Chillón Medina y Merino Merchán³¹-.

Lo diré una vez más. Una hermenéutica *no listada* de la denominada *libre disposición conforme a derecho*. Una hermenéutica *integradora* de lo que *se entiende por libre disposición conforme a derecho; pero no defraudadora ni seguidista de un modelo cerrado* como el postulado por el artículo 2 LA de 1988. En fin, una hermenéutica *fiable y cabal* ¡Con fundamento!

Dígame lo que se diga de esto último, en cualquier caso no me parece abusivo afirmar que “*dogmatizar*” acerca de lo que era o no susceptible de arbitraje “*conforme a derecho*” -en la línea de lo dispuesto en la LA de 1988- no sólo no evitaba el arbitrio legal, *sino que lo estimulaba*. No. Ahora ya no hay estímulo. Justo al contrario. El modelo del artículo 2.1. de la vigente LA ha de merecer epítetos laudatorios porque se trata de un método de *racionalización* de las materias de la libre disposición *conforme a derecho* que reduce -tendencialmente a cero- el peligro *ínsito* en el arbitrio legislativo.

III.- Ámbito negocial-procesal del arbitraje

No es precia vista de lince para divisar la existencia de una *viva* polémica (por el *ingenio* y, sobre todo, por el *genio* que en ella se despliega) en torno a lo que denomino “*ámbito negocial-procesal del arbitraje*”; sin que, por ahora, haya perdido ese punto de vehemencia que tuvo en su origen y sin que aún haya sido reconocido el talante conciliador de quien pudiendo reunir en su persona la *auctoritas* y la *potestas* de las partes en liza -como es mi caso- haya sido receptor -todavía- de la galanura de su reconocimiento por los contradictores que expresan y defienden tesis contrarias.

³¹ CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, “Valoración crítica de la nueva Ley”, op. cit.

El calado de la disputa ha sido tal que acaba interpelando a un extenso contingente de estudiosos (bastante más amplio que la estricta congregación de los procesalistas) pues ha puesto a temblar estratos teóricos intermedios y cimientos que -como axiomas- se consideraban indiscutidos y unívocos. Desde las filas del Derecho procesal -a cuya milicia me honra pertenecer- se ha sacado a la luz la trastierra de los fundamentos que teledirigen las posturas litigantes y que dialécticamente -como se estilaba decir no hace tanto- se ven afectados por el fragor de la batalla que se libra. Esta es precisamente la perspectiva que con atrevimiento deseo usufructuar. Y ahí va.

Mi atención ya quedó prendada de un aspecto bastante circunscrito. Y sin rodeos diré cual: la *libertad que comporta el arbitraje justificada en la autonomía de la voluntad* que se reconoce tanto a favor de las *personas físicas como de las jurídicas* tendente a dar solución, previo *convenio arbitral, de controversias disponibles*, que poseen un indudable contenido patológico por medio de *uno o varios árbitros*.

Tomarse a pecho la búsqueda de esa verdad -¿empírica?, no sólo no implica resistirse a las acechanzas de modas nuevas (en pos de la coherencia narrativa) o recuperadas (en pos, esta vez, de la retórica), sino algo más exigente de lo que a menudo se piensa. Por lo pronto y en contra de algún tópico reinante, no hay que recatarse en decir que la LA parece haber *preterido* la gráfica alusión a “*medios extrajudiciales de resolución de controversias*”. Su acierto en la preterición -pienso yo- es innegable.

Me explico. La expresión “*medios extrajudiciales*” es rancia y, además, se ubica en un contexto de *obligada heteroreferencia* respecto de la “*judicialidad*”. Y mírese por dónde que el arbitraje *no se construye frente o paralelamente a la judicialidad*. Muy al contrario: *no tiene nada que ver con la judicialidad*.

La querencia hacia la denominada “*judicialidad*” significa desconocer la variedad, vastedad y complejidad del arbitraje. Erróneamente suele hablarse de “*medios extrajudiciales*” como si fuera un comodín que sirve indiferenciadamente para todo. Pero no todos los instrumentos de heterocomposición se revelan igualmente aptos para cualquier tipo de operación intelectual compositiva. Por ello, aunque sea galopando, dejo apuntado que no hay que conceptualizar el arbitraje como *extrajudicial*. Es todo más simple. En limpio. El arbitraje no se construye o justifica en una “*judicialidad*” *en positivo* -que *igual* el quehacer del juez y el del árbitro- sino al *margen de la judicialidad*.

La observancia del susodicho esquema *deductivo-probabilista* me sirve para abundar en la idea de que la *judicialidad no sirve de referente para el arbitraje*. Esta propuesta o tesis posee indudables consecuencias, puesto que confesadamente se pretende construir y justificar el arbitraje con criterios metodológicos *heteroreferentes que niegan su autoreferencia justificada en la expresión “medios extrajudiciales”* que *sojuzga* su autonomía y lo aboca a la *inesquivable contraposición* respecto de lo *judicial*. Nada de esto es posible postular y, por ello, el arbitraje

no se justifica en razón de la omnipresencia del jurisdiccionalismo en una sociedad que tiende a la jurisdiccionalización total. Al arbitraje no le importa en lo más mínimo que el jurisdiccionalismo sea omnipresencial. El arbitraje *no es*, por ello, un *Derecho Jurisdiccional* o un “*medio extrajudicial*”.

De ahí que convenga destacar que el tradicional y rancio estereotipo de “*medios extrajudiciales*” aplicado al arbitraje, no es, en absoluto, determinante en razón a que, en el arbitraje, la “*judicialidad*” *no es ningún referente que justifique la contraposición o la antítesis metodológica. Consecuentemente el arbitraje ni modifica el orden general ordinario y común de la jurisdicción, ni justifica una propuesta metodológica en ese contexto.* Que yo sepa el arbitraje *no es* una institución ubicable en la codificación general de la jurisdicción ordinaria como una parcela “*especial*” relativa a la existencia de “*medios extrajudiciales*”.

Y una vez embalado en esa dinámica, me interesa mostrar al estudioso y práctico en los temas del arbitraje una segunda tesis embridándola con la *operatividad en el arbitraje del principio -ordinario o común- de autonomía de la voluntad*. Es la que sigue: *el arbitraje no se condiciona -tampoco- a su expresa configuración o concepción como derecho constitucional.*

Con el objeto de prevenir algún posible malentendido, conviene anticipar que históricamente no siempre fue de ese modo. No pasa desapercibida, en tal sentido, la alusión del arbitraje como *derecho* que bien podría conectarse con el carácter de *derecho fundamental* con el que fue acuñado en las Constituciones que surgen a fines del siglo XVIII y principios del XIX, frente a la *inoperancia y arbitrariedad* de la justicia del *ancien regime* como fue el caso del artículo 5 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, al declarar: “*le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif*” y del artículo 280 de la Constitución española de 1812, al declarar que “no se podrá privar a ningún español del *derecho* -énfasis mío- de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

Y ahí iba la puntilla. Adquiría plena claridad para los constituyentes revolucionarios franceses -y españoles- que el arbitraje *era un elemento esencial de la justicia natural cuya eficacia no podía ser cuestionada por el legislador mediante el empleo de recursos contra el laudo arbitral*. Y para no demorarme en semejante aseveración, vaya una referencia: la de Cremades, para el que³² «los Constituyentes -los franceses, se entiende- el arbitraje es un elemento *esencial* -énfasis mío- de la justicia natural, que traduce en el terreno judicial el ideal de fraternidad entre los seres humanos. La ley de 16 y 24 de agosto de 1790 proclamaba: “*siendo el arbitraje el medio más razonable de acabar con las diferencias entre los ciudadanos los legisladores no podrán adoptar ninguna disposición que tienda a disminuir el favor o la*

³² CREMADES, “Cuatro lustros de ley francesa de arbitraje comercial internacional”, en *Anuario. Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, 1, 2001, pág. 16.

eficacia de los compromisos”. Por ello se prohibía apelar los laudos arbitrales, a menos que las partes se hubieren reservado en el compromiso el derecho de recurrir ante la jurisdicción ordinaria».

Traigamos a la palestra algunos datos más. En el área hispanoamericana, posiblemente por influencia de la Constitución española de 1812, queda aún la Constitución de Honduras en la que se consagra el arbitraje como un *derecho* [constitucional] en el artículo 110 al establecer, mediante una fórmula muy parecida a la del artículo 280 de la Constitución española de 1812, que “ninguna persona natural que tenga la *libre* administración de sus bienes puede ser privada del *derecho de terminar* -énfasis mío- sus asuntos civiles por transacción o *arbitramento*” -énfasis, de nuevo, mío-.

Bien. Al encarar esta cuestión y a fin de que las cosas queden en su punto, no está de sobra refrescar que en el momento presente no es posible conceptuar el arbitraje como un derecho *fundamental* [constitucional].

Pero, vayamos por partes. Nuestro texto constitucional asegura que someter a arbitraje una controversia disponible *no es un derecho de justificación constitucional*. Pero vista la literatura doctrinal existente hay argumentos para justificar que *históricamente* han existido Constituciones en las que se ha postulado justo lo contrario: *el arbitraje al no poseer justificación constitucional es inconstitucional*.

A ver si me explico sin tanto alambique. Hay quien ha entendido que el principio constitucional que se expresaba en el artículo 5º, XXXV de la Constitución Federal brasileña según el cual *la ley no podrá excluir del conocimiento del Poder Judicial ninguna lesión de un derecho* suponía la *inconstitucionalidad* del arbitraje en Brasil.

Así las cosas, en una breve revista de tan emblemática formulación, se percibe por Amigo Román que³³ «quizás el más importante problema arbitral de orden técnico, está en el principio constitucional expresado por el art. 5º, XXXV de la (...) Constitución Federal brasileña. Esta norma, que no existe en ningún otro sistema jurídico, expresa que la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial, ninguna lesión a derecho. Y como se sabe, el juicio arbitral sólo podrá existir si se excluye de la consideración del Poder Judicial, una lesión de algún derecho individual disponible, porque la ley permite o autoriza esa actividad. El arbitraje es así en Brasil, a nuestro juicio, totalmente inconstitucional». Concluye Amigo Román que «existe un obstáculo intrasponible en Brasil en lo concerniente al arbitraje: es su inconstitucionalidad, en nuestra opinión, por existir la prescripción legal del art. 5º, XXXV de la Constitución Federal (...). Este hecho es el gran problema arbitral brasileño. Y lo peor es que se hacen de sordos, con alegatos jurídicos y jurisprudencia

³³ AMIGO ROMÁN, “El arbitraje en Brasil y Mercosur”, en *RVDP*, 1, 2002, págs. 8 y 21.

intentando demostrar lo indemostrable, que el arbitraje es constitucional en Brasil, cuando en realidad bastaba para esto incluir la palabra “indisponible” después de “derecho”, en dicho art. 5º, XXXV del texto constitucional, o sacarlo de la Constitución de una vez por todas, ya que no hace ninguna falta en un mundo moderno y democrático».

A nadie se le oculta que la *inejecución* de semejante formulación -la brasileña- ha requerido, en pos del arbitraje, una ingente y puntual apoyatura de orden domestico. Pero, al margen de ella, propongo una tarea bastante más modesta. Fijaré, de todos modos, mi atención en un dato ya unísono: el *derecho* a someter a arbitraje la controversia disponible *ha dejado de ser constitucional* y ha pasado a ser de concepción *común*.

Y resulta, entonces, que damos con un hallazgo fascinante al que ya he tenido ocasión de aludir renglones antes: habíamos quedado en que merecía salir de ese orbe conceptual enrarecido y confuso que *condicionaba* el arbitraje a su expresa configuración o concepción como derecho constitucional para embridararlo con la *operatividad del principio de autonomía de la voluntad* -para entendernos con la “*libertad*” a que alude el artículo 1.1. de la Constitución española-.

La fascinación viene de que es factible suscribir el acuerdo o convenio arbitral de sometimiento a arbitraje como expresión *libre* de la *autonomía de la voluntad* y tipificarlo como un *negocio jurídico* a pesar del criterio sustentado por la exposición de motivos de la LA que alude en su apartados II a “*contrato de arbitraje* -énfasis mío- o convenio arbitral” y del deseo también, de la propia exposición de motivos de la LA en su apartado III, de *aplicar* a los requisitos y efectos del convenio arbitral “las normas generales sobre *contratos* -de nuevo énfasis mío- en todo lo no específicamente previsto en esta Ley” [se entiende la LA].

Cuando no se afina en establecer los límites de lo que sea, lo normal -es decir, salvo chiripa- es que el interpelado -sea quien fuere- se quede corto o se pase de la raya. Me explico. La opción *contractualista* ha de ser preterida en la medida *en que su propedéutica negocial pueda acercarse al contractualismo y alejarse, por el contrario, de las soluciones atinentes a la resolución -procesal- de la controversia*. Técnicamente la opción contractual o, en fin, *el efecto típico de la vinculación contractual no basta*. La corrección metodológica surge, por el contrario, del convenio arbitral conceptualizado como *negocio jurídico dotado de autonomía jurídica estructural y funcional*.

En limpio y ahí va mi tesis. El convenio arbitral, *antes que contrato*, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes -“*libremente*” expresada- de elaborar *estructuralmente un negocio jurídico* pero no con las consecuencias *propias* de un contrato [contractualismo], sino *impropias* de un ámbito *funcional tan alejado* del contractualismo como el de la *resolución* -lo diré ya sin complejos- *procesal* de la controversia.

A la vista de estos datos, que enuncio como inéditos, y a los que ya me he referido en otras ocasiones³⁴ me hallo en disposición para afanarme aún más -si cabe- en la *intrincada cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje*, respecto de la que se puede indicar ya que la exposición de motivos de la LAP de 1953 la mencionaba con referencia expresa a “la *naturaleza contractual del arbitraje*,...” como también lo hace ahora -con total ausencia de originalidad- la vigente LA de 2003.

Y a lo que se ve la LAP de 1953 aludía al *origen contractual* de ámbito resolutivo del arbitraje (*naturaleza contractual del arbitraje*), puesto que la decisión o laudo del árbitro o árbitros era el resultado de la relación contractual de mandato conferida a los árbitros, aunque luego a esa decisión era posible atribuirle -según algunos- un alcance estrictamente *jurisdiccional*, en la medida en que las partes cuando aceptan lo que dice el árbitro, aceptan *asimismo* lo que pronuncian, después de los árbitros, los Tribunales de Justicia a través de la vía de la petición de anulación del laudo arbitral [*naturaleza jurisdiccional del arbitraje*].

Surgía entonces, irremisiblemente embalada, la concepción *jurisdiccionalista* del arbitraje que, en el caso en que se propugne su *convergencia* con su conceptualización *contractual*, origina las denominadas *teorías mixtas* sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Y creo que se ha braceado mucho para sostener a flote esa última teoría. En efecto, si la enmarcáramos dentro de un contexto jurisprudencial la actitud del ponente Barrera Cogollos es determinante. Canoniza las denominadas *teorías mixtas* al decir que³⁵ «... el planteamiento obliga a recordar la doble concepción que el arbitraje tiene en nuestra doctrina, entendiendo autores de prestigio en la Cátedra y en el foro (tesis procesalistas) *que el árbitro es un juez (...), mientras que otras corrientes de opinión jurídica, de no menor altura científica en sus aplicaciones (tesis privatistas) sitúan la institución en el campo contractual. Optar por una y otra posición, que no son totalmente definitivas* -énfasis mío-, tampoco parece que sea una decisión que venga a resolver la cuestión, pues el arbitraje *participa* -dice nuestro esforzado ponente Barrera Cogollos- *de una doble esencia* -énfasis, de nuevo, mío-, fundada en el contrato cuando se pacta privadamente el futuro decisorio de los problemas que puedan surgir y al tiempo, margina, evita o al menos suspende temporalmente la aplicación de un régimen de orden público como es el de acudir para dirimir la discordia al juez ordinario predeterminado por la ley a quien compete juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

Igualmente está de sobra insistir en que la jurisprudencia arbitral *no ha sido ajena* a la exposición de la *naturaleza contractual* del arbitraje y alude a ella expresamente. En concreto, el ponente Rosselló Llaneras en la SAPBal de 17 de

³⁴ LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003* de 23, op. cit., págs. 15 y ss.

³⁵ BARRERA COGOLLOS, “SAPB de 30 de mayo de 1992”, *RVDPA*, 3,1993, § 32 pág. 430.

enero de 1995 hace referencia a la³⁶ “institución del arbitraje, regulada (...) con un *marcado carácter contractual...* -énfasis mío-”.

Pero repárese en un fenómeno peculiar: obsérvese que la voracidad de la teoría *jurisdiccionalista* acerca del arbitraje engulle incluso criterios tenidos por *racionales* -sí, es verdad- en el arbitraje. Un caso que lo expresaría sería, según Mantilla Serrano, el de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que mediante decisión judicial de 21 de marzo de 1991 optaba por explicar el *ámbito resolutivo* del arbitraje mediante la adopción de la *teoría jurisdiccionalista* acerca de su naturaleza jurídica. Explica Mantilla Serrano³⁷ que, como la Constitución colombiana *reserva* a los colombianos el ejercicio de funciones jurisdiccionales, *solo* los colombianos pueden ser árbitros. Los extranjeros no pueden ser árbitros en Colombia. Sí. ¡Sería posible!

Ahora me centro en la denominada doctrina española. En ella se confirman los criterios tradicionales al uso. Hasta el punto que, en el caso de Montero Aroca, tanto su punto de partida metodológico como sus conclusiones le abocan a la³⁸ “*sorpresas metodológica*” -énfasis mío- que, acorde con su visión *panjurisdiccionalista* del Derecho Procesal, le impelen a decir que³⁹ «cuando se lee el artículo 117.3. de la CE, en el que queda constitucionalizado el principio del monopolio judicial de la jurisdicción, y se le compara luego con la Ley de Arbitraje, que permite a las personas físicas y jurídicas someter determinadas cuestiones litigiosas a árbitros, atribuyendo al laudo efectos idénticos a los de la cosa juzgada y valor de título ejecutivo, *puede surgir la sorpresa y con ella la duda sobre la constitucionalidad de toda la LA* -énfasis mío- ».

Bien. Sólo una puntualización: la “*sorpresas metodológica*” -énfasis mío- de Montero Aroca justificada en que el arbitraje *sería* -nada menos- *inconstitucional* -¡qué barbaridad!- por *afectar*⁴⁰ al “*principio del monopolio de la jurisdicción*” -énfasis mío- no se encuentra en el momento actual justificada por cuanto el arbitraje *no tiene nada que le vincule con la jurisdicción* y, por lo tanto, es totalmente inopinado no ya plantear la constitucionalidad del arbitraje sino su *paralelismo* con los cometidos del Estado-Juez tal y como los plantea Montero Aroca. En consecuencia, tampoco es asumible su conclusión metodológica por cuanto señala que, la imposición a las partes del laudo arbitral pronunciado por el árbitro, es de “*componente jurisdiccional*” -énfasis mío-. La decrepitud de la metodología jurisdiccionalista de Montero Aroca es entonces determinante al decir⁴¹ “que hay que concluir *que predomina el componente jurisdiccional sobre el*

³⁶ ROSSELLÓ LLANERAS, “SAPBal de 17 de enero de 1995”, *RVDP*, 1, 1997, § 89, pág. 129.

³⁷ MANTILLA SERRANO, “Court Supreme de Justice de la Republique de Colombie (Chambre Plénière)”, *Rev. Arb.* 4-1991, págs. 723 y ss.

³⁸ MONTERO AROCA, “Comentario breve”, op. cit, pág. 19.

³⁹ MONTERO AROCA, “Comentario breve”, op. cit, pág. 19.

⁴⁰ MONTERO AROCA, “Comentario breve”, op. cit, pág. 19.

⁴¹ MONTERO AROCA, “Comentario breve”, op. cit, págs. 23 y 24.

contractual —énfasis mío—. Pero, no nos llamemos a engaño. Todo se explica: el inequívoco *final jurisdiccionalista* abocado por Montero Aroca no debe sorprender en tanto en cuanto postule la *convergencia* del Derecho Procesal con lo que denomina Derecho Jurisdiccional. Y no. Vamos, que no.

Pero, vayamos por pasos. Si ahora me centro en una específica y peculiar variante de la naturaleza jurídica del arbitraje —la “jurisdiccionalista”— es porque en ella se confirma la hipótesis (que a estas alturas ya no necesita más corroboración, es verdad) *de que la franquicia y el descontrol parece no poseer límites*. Resulta especialmente elocuente, en tal sentido, la postura mantenida por Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, que incluso *trasladan* al ámbito del arbitraje internacional la polémica doctrinal acerca de las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas. Para estos dos autores, de la denominada doctrina española, *tales teorías* parecen constituir el santo y seña de cualquier proceder razonable en el arbitraje cuando afirman, sin rubor alguno, que⁴² «las consecuencias de una u otra de estas concepciones [las contractuales y jurisdiccionalistas] *se dejan sentir en el Derecho internacional privado* —énfasis mío—. Para la primera de ellas —dicen— la primacía del carácter contractual del arbitraje sobre el laudo tendría obligatoriamente varias secuelas, la más importante de las cuales sería el necesario reconocimiento de un amplio margen a la autonomía de la voluntad; es decir, la admisión de la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable por los árbitros, tanto en los aspectos procesales como en las cuestiones de fondo. Para la segunda, la Ley del Estado donde se encuentre la sede del órgano arbitral vería justificada su vocación para regir, en principio, todas las cuestiones procedimentales —conforme a la regla *lex fori regit processum*, de honda raigambre en el Derecho procesal civil internacional—, e incluso habría que admitir, al menos en defecto de autonomía de la voluntad, que estaría legitimada por un cierto título para regular también las cuestiones de fondo».

Y si bien a lo peor no logro aquí más que arañar un poco la cuestión, creo que mi enfoque es sustancialmente correcto —¡qué voy a decir yo!— ya que el planteamiento de Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara parece desconocer que es *sumamente irreflexivo* justificar el arbitraje comercial internacional desde una perspectiva jurisdiccionalista. Me explico. Por su carácter internacional, *lo jurisdiccional es preterido* por ese tipo de arbitraje porque, si así no fuera, *las partes acudirían a las soluciones jurisdiccionalistas de cada Estado en particular*. Y, justamente, lo que se pretende —o debería pretenderse— a través de la construcción metodológica del arbitraje internacional es *preterir esas soluciones jurisdiccionalistas tan contrarias al internacionalismo*.

Muy distinto, en cambio, es que la *ajurisdiccionalidad* del arbitraje comercial internacional se ubique en soluciones jurisdiccionalizadas. En concreto, las de la

⁴² CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989, pág. 24.

lex fori regit processum. Pero, obsérvese que esa ubicación no implica jurisdiccionalización del arbitraje. No. Esto es, *los árbitros internacionales no actúan como jueces estatales provistos de jurisdicción*. La *ubicación geográfica* del árbitro internacional es *procesal* -no jurisdiccional- impuesta, por lo demás, por un derecho que, *a fuerza de ubicar*, convierte lo internacional en *privado de cada Estado* [Derecho Internacional y Privado]. Sin duda, todo un contrasentido.

En fin, el *arbitraje extraña la jurisdicción*. Frente a la *vexata quaestio* de la jurisdiccionalidad del arbitraje es preciso evidenciar como el arbitraje es *extraño* a los ámbitos de la soberanía estatal que presupone el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucional *por cuanto es expresión de la libre autonomía privada de las partes*. Sostener la jurisdiccionalización del arbitraje supone desconocer la *originalidad metodológica que aporta justificada en la finalidad negocial que las partes pretenden conseguir a través de su procedibilidad*.

Veamos ahora lo que dice el TC al respecto. En España el Tribunal Constitucional opta no tanto por aludir a ámbito resolutivo *jurisdiccional* del arbitraje cuanto más bien a conceptualizar ese ámbito como *equivalente jurisdiccional*. Existen variados ejemplos de lo que se indica. Así el ATC de 28 de octubre de 1993 señala lo siguiente⁴³: «... a tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el Arbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de “iuris dictio”, pues el arbitraje es un “*equivalente jurisdiccional*”-énfasis mío-, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (STC 62/1991, FJ5, y 28/1993, 4 de octubre (RTC 91, 512), FJ 3). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles».

Y como todo tiene un por qué, ahí va el que acarrea el denominado “*equivalente jurisdiccional*”: la consecuencia que se deriva de la opción que adopta el TC consiste en que el árbitro *no puede*, en nuestro ordenamiento jurídico, personarse en las resoluciones que puedan derivarse con ocasión de la decisión que ha pronunciado. Para decirlo claro y diáfano -vamos para que se entienda-⁴⁴: «... esta configuración institucional que tienen los árbitros que dictan laudos, a los que la ley reconoce una fuerza jurídica específica, de tal modo que despliegan unos efectos en gran medida *equiparables* -énfasis mío- a los de sentencias judiciales, impide que este Tribunal -es el TC, se entiende- pueda entrar a conocer en el fondo del presente recurso de amparo. En efecto, el Arbitro como tal *no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo* -énfasis, de nuevo, mío-». Y me pregunto *¿qué tiene que ver que el árbitro no pueda personarse y actuar como una parte más*

⁴³ ATC de 28 de octubre de 1993, en *AJA* número 126.

⁴⁴ ATC de 28 de octubre de 1993, en *AJA* número 126.

en los procesos “que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo” con una supuesta equivalencia jurisdiccional? A ver. El árbitro *no puede* personarse y actuar como una parte más en los procesos “que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo” *no por que actúe como un “equivalente” jurisdiccional sino porque el mandato negocial que le otorgaron las partes para que resolviera la controversia se agota cuando pronuncia el laudo. A partir de ese momento es un “tercero” respecto del laudo.* Y, entonces, me pregunto ¿desde cuando un “tercero” se halla legitimado para ser parte, sin ser parte en el laudo, para actuar ante el TC?

Pero, no desviemos la atención como parece sugerir el TC. En puridad la opción por el “equivalente” *no rebuye* la opción jurisdiccionalista. La *igual*. Aún cuando De la Cuesta Sanz *la enmascare* al decir⁴⁵ «que no es lo mismo jurisdicción que equivalente jurisdiccional» por cuanto añade que⁴⁶ «en este equivalente jurisdiccional, que es el arbitraje, los árbitros no están en la planta judicial, ni en lo procesal están sujetos a las mismas normas que los Jueces»

Para mí que el “equivalente jurisdiccional” *es lo que resulta ser igual que lo jurisdiccional.* El “equivalente jurisdiccional” *es un subterfugio del TC de escaso mérito.* Según Merino Merchán precisa ser⁴⁷ “matizado” ya que⁴⁸ «al insistirse [por el TC] en el arbitraje como “equivalente Jurisdiccional”, parece como si de forma resuelta el T.C. hubiera tomado de forma definitiva partido en la proverbial polémica sobre la naturaleza del arbitraje, afiliándose a la concepción eminentemente jurisdiccionalista del mismo. La cuestión no dejaría de ser baladí si no fuera porque precisamente la Ley de Arbitraje de 1988 pareció derrumbar definitivamente la concepción jurisdiccional del arbitraje (...). Esperemos -dice- que la idea del “equivalente jurisdiccional” *se acabe matizando mejor en la futura doctrina del T.C., -énfasis mío-.* Con posterioridad Merino Merchán [con Chillón Medina] ha pasado de la necesidad de “matizar” la “idea” del “equivalente jurisdiccional” a *asumirla* plenamente hasta el punto de reclamar su uso en la exposición de motivos de la LA. Dice que⁴⁹ «en nuestra particular opinión constituye una omisión grave imputable a los redactores del Proyecto -se entiende que es el proyecto de la vigente LA- el que en su Exposición de Motivos no se haga referencia a la consideración del arbitraje como un auténtico “equivalente jurisdiccional” -énfasis mío-. Es olvido, o mejor un descuido de los redactores, no haber citado en la exposición de Motivos la importante y enjundiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional salvando al arbitraje del escollo

⁴⁵ DE LA CUESTA SANZ, “Introducción al Arbitraje de Consumo”, en *RDPriv*, 1997, págs. 122 y 123.

⁴⁶ DE LA CUESTA SANZ, “Introducción al Arbitraje” op. cit., págs. 122 y 123.

⁴⁷ MERINO MERCHÁN, “El ‘equivalente jurisdiccional’ y la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el art. 38.2., párrafo 1º, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre)”, *RCEA*, 1995, pág. 230.

⁴⁸ MERINO MERCHÁN, “El equivalente jurisdiccional” op. cit., pág. 230.

⁴⁹ CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, “Valoración crítica de la nueva Ley”, op. cit.

presentado en el art. 117.3. CE y otorgando a la institución un efecto de “equivalencia jurisdiccional”, según se proclamó con todo detalle, entre otras, en las SSTC 43/1988 y 62/1991, que liberaron al arbitraje de ser confundido con “apariencias arbitrales” más o menos camufladas y con “seudos arbitrajes”, al faltarles a estos últimos la triple condición: a) sometimiento libre y voluntario al convenio arbitral; b) que el objeto de la controversia sea arbitrable; y c) que el arbitraje se tramite procedimentalmente bajo el manto de las garantías de la igualdad de partes, audiencia, contradicción, prueba y laudo motivado. Es el cumplimiento de estas condiciones lo que determina, a juicio del Tribunal Constitucional, *el nacimiento del efecto de “equivalencia jurisdiccional” y, por tanto, su compatibilidad constitucional con el art. 24.1 CE* -énfasis, de nuevo, mío-. En consecuencia, la Exposición de Motivos debió superar -dice- su visión estrictamente procesalista y mercantilista, para anclar la institución en la trascendente jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

Perdone el paciente lector la lectura de parrafada tan extensa pero de ella quisiera entrever una referencia que no deseo que le pase desapercibida. Para los referidos Merino Merchán y Chillón Medina el⁵⁰ «efecto de “equivalencia jurisdiccional”» supone en el arbitraje⁵¹ “*su compatibilidad constitucional con el art. 24.1 CE*” -énfasis mío-. Quédese el lector con este dato y le ruego que lo empareje con lo que luego se dirá respecto de la “*la relación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de sus garantías*” renglones después.

Bien. Sigamos. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con la vigencia de la LA de 1988, también se ha dejado arrastrar por la subyugación del “*equivalente*” que supone ser *igual* una cosa [el arbitraje] a otra [*ámbito de ejercicio funcional de la jurisdicción*] en estimación, valor, potencia o eficacia. Pero insisto, para mí *no existen equivalencias*. No. Existen posturas metodológicas *autónomas* que no es preciso justificarlas mediante fórmulas aparentemente poco comprometidas como las del “*equivalente*” pero que, finalmente, *equivalen* a transportar el arbitraje al *jurisdiccionalismo*.

No. No es esa la opción metodológica correcta, y, a pesar de ello, la asume la ponente Pueyo Mateo cuando sostiene que el arbitraje es un⁵² “*equivalente jurisdiccional*” al expresarse del modo siguiente⁵³: «la precedente cuestión ha de resolverse teniendo en cuenta con carácter previo que como se señalara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 12 de marzo el arbitraje debe reputarse como “un *equivalente jurisdiccional*, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que

⁵⁰ CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, “Valoración crítica de la nueva Ley”, op. cit.

⁵¹ CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, “Valoración crítica de la nueva Ley”, op. cit.

⁵² PUEYO MATEO, “SAPAs de 16 de septiembre de 1998”, RVDPA, 3, 1999, § 198, págs. 542 y 543.

⁵³ PUEYO MATEO, “SAPAs de 16 de septiembre de 1998”, RVDPA, 3, 1999, § 198, págs. 542 y 543.

con la jurisdicción civil, esto es una decisión de conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada” -énfasis mío-. Añadiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1993, de 4 de octubre que la Ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudo arbitrales, de forma que sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos (...). En consecuencia, hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo, dice el Alto Tribunal, el efecto de *cosa juzgada* que la Ley les otorga vulnerando el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación y en última instancia desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él».

Y, como no hay una sin otras más, no es de extrañar que la metodología del “*equivalente jurisdiccional*”, también sea asumida, con la vigencia de la LA de 1988, por el ponente Picón Palacio, para quien mediante el arbitraje⁵⁴ “las partes pueden obtener *los mismos objetivos que con la jurisdicción civil* -énfasis mío- (...) y que se encuentra [se ha de entender la obtención de los mismos objetivos que la jurisdicción civil] revestida de “*auctoritas*” por imperativos de la ley”. Se expresa así⁵⁵: «... Es objeto de este recurso la nulidad de un laudo arbitral dictado, a cuyo fin debe tenerse en cuenta la naturaleza del arbitraje, que es, como se ha reiterado en la doctrina del Tribunal Constitucional -v.g., SS. del TC. 15/1.989, de 26 enero; 62/1.991, de 22 de marzo; y, 288/1.993, de 4 de octubre- *un equivalente jurisdiccional* -énfasis mío-, mediante el cual las partes pueden obtener *los mismos* -énfasis, de nuevo, mío- objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, con la declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia, y que se encuentra revestida de “*auctoritas*” por imperativo de la Ley».

No cabe duda, nos están habituando a *asociar* arbitraje con un espacio de determinación *esencialmente jurisdiccional* que, *ex definitione*, parecería la verdad irrefutable. Sin embargo, el arbitraje *no es un sucedáneo del jurisdiccionalismo. Ni un subsistema dependiente -equivalente- del mismo*. No. El arbitraje se justifica *solo* en la autonomía *negocial* de quienes suscriben el convenio arbitral de someterse al mismo. Esa *autonomía negocial* se constituye en su justificación. Por tanto, no existe una “*auctoritas*” al modo de las fuentes romanas que implique la existencia de una “*potestas*” de *justificación jurisdiccionalista*.

⁵⁴ PICÓN PALACIO, “SAPBu de 21 de julio de 2000”, *RVDPA*, 1, 2002, § 283, pág. 133. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

⁵⁵ PICÓN PALACIO, “SAPBu de 21 de julio de 2000”, *RVDPA*, 1, 2002, § 283, pág. 133. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

Y de inmediato salta la objeción: la “*auctoritas*” del árbitro o árbitros es *tan solo* de justificación *negocial* porque la LA permite que la *autonomía negocial* de quienes suscriben un convenio arbitral *posea consecuencias de resolución de controversias* -yo diría que *procesales* ya que en derecho *la única forma* de resolver controversia *es procesal*-. Pero, *no jurisdiccionales o equivalentes a las jurisdiccionales porque ni el arbitraje se justifica en la jurisdicción, ni el jurisdiccionalismo es la metodología correcta para explicarlo*.

Lo anterior me obliga a decir: ¡*el arbitraje extraña la jurisdicción!* Frente a la *vexata quaestio* de la *jurisdiccionalidad* del arbitraje es preciso evidenciar como el arbitraje es *extraño* -¡no equivale!- a los ámbitos de la soberanía estatal que presupone el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucional *por cuanto es expresión de la autonomía privada* -¡ojo! *privada*-. Sostener la *jurisdiccionalización* del arbitraje y su *equivalencia* supone desconocer la *originalidad metodológica que aporta justificada en la finalidad negocial que las partes pretenden conseguir a través de su procedibilidad*.

Digámoslo bien claro: *lo que importa, es la actividad negocial de las partes que resuelve la controversia. Esa actividad es la que se corresponde, no con el equivalente jurisdiccional, si no con la existencia negocial de un debido proceso sustantivo arbitral de resolución de controversias a partir del cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental* a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Tit. V LA). Por ello, *el resultado final de la actividad negocial de las partes es procesal (sustantiva) y técnica o formal a la vez (procedimental)*.

El engarce de ambos contextos *actividad negocial/resolución procesal de la controversia* profundiza en la concepción del arbitraje como institución *netamente procesal* pero, no tanto en una proyectada institucionalidad procesal *globalizante* de la explicación del arbitraje a través de una concepción *exclusivamente debida a la única forma de resolver controversia: procesal*, como que el arbitraje es un *negocio jurídico* al que le *adjetiva* su finalidad *funcional procesal: resolver controversias*; y, en ese ámbito *negocial-procesal*, el arbitraje resuelve controversias a través de una vertiente *garantista y sustantiva* y, por tanto, *autónoma* sobre la estrictamente adjetiva y formal ó procedimental.

Y ahí va la puntilla. El *negocio arbitral* es, en todo caso, *el resultado del principio de la autonomía de la voluntad*, entendido exegéticamente *extrarradio* del régimen jurisdiccional -y de su equivalencia- estatalista y, por tanto, tipificador de una propuesta *negocial de garantía procesal*. Sí, de *garantía procesal*. No de jurisdiccionalidad.

La *funcionalidad de garantía procesal*, que despliega el arbitraje, *se justifica* en su carácter *negocial* que *excluye* los planteamientos adjetivos-procesales. Ya Almagro Nosete lo dijo: en el arbitraje⁵⁶ “el método de resolución *es procesal* -énfasis mío- y durante la sustanciación del mismo deben observarse unas formalidades

⁵⁶ ALMAGRO NOSETE. “La ejecución del laudo arbitral”, RUDP (UNED), núm. 0, 1998, págs. 18 a 22.

esenciales -énfasis, de nuevo, mío-, de orden público procesal, que no pueden ni eliminarse ni conculcarse, so pena de provocar la nulidad de la decisión final o laudo”. Y apostilla⁵⁷ “el examen global arroja un claro *balance procesalístico* -énfasis mío-, perfectamente explicable si se tiene en cuenta que la heterocom-posición del conflicto, presente en el arbitraje, es la razón misma del “ser procesal”. En consecuencia, nuestra conclusión es clara: *el arbitraje es una institución netamente procesal* -énfasis, de nuevo, mío-, que no se confunde con el proceso jurisdiccional estatal y que necesita -dice- de una tutela jurisdiccional *propia y diferenciada de la común y general dispensada a los contratos*” -énfasis, de nuevo, mío-. No existe, pues, ni la más mínima presencia de eso que algunos denominan Derecho Jurisdiccional.

Pero, lo diré. Personalmente no me decanto por el *panprocesalismo* justificador del arbitraje que postula Almagro Nosete. Resueltamente, no. Es cierto -y lo reconozco- que en la LA, la *función* que asume el árbitro es *procesal pero no jurisdiccional*. Es más el arbitraje es un ejemplo de una actividad en la que se residencia la *sustantividad del proceso* a través de la técnica procedimental que se prefiera *pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni de las actuaciones arbitrales* por lo que la resultante es simple: *no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional* (como sucede, insisto, con el arbitraje), *ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal* (como sucede con numerosos actos de jurisdicción voluntaria) *y por tanto sujeta a “contestación”* (piénsese por ejemplo en el “expediente” de jurisdicción voluntaria, y en concreto, el que se regulaba en el Título VIII, Libro III LEC de 1881 sobre nombramiento de árbitros y de peritos en el contrato de seguros). Para mí, pues, el arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque *resuelve “controversias” y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivación contractual o jurisdiccional*.

Pero, indicado todo lo anterior, he de reconocer, al propio tiempo, que el *arbitraje resuelve controversias a partir de la suscripción de un convenio arbitral* conceptualizado como *un negocio jurídico*. Un *negocio jurídico que rebuye las teorías contractualistas al uso para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje por cuanto, en una proyectada teoría general del negocio jurídico, las opciones contractualistas han de ser preteridas en la medida en que la propedéutica negocial se acerca al contractualismo pero, en cambio, se aleja de las soluciones procesales de resolución de controversias*.

Y esa justificación procesal *aleja*, en puridad de principios, al [negocio] convenio arbitral del contractualismo y lo *ubica* en un ámbito *técnicamente negocial por sus consecuencias* por lo que me ubico -mejor diría: propugno- ante un *negocio jurídico impropio* respecto del cual es preciso subrayar la corrección metodológica insita en la consideración del convenio arbitral como un *instituto jurídico negocial dotado de autonomía jurídica, estructural y funcional*.

⁵⁷ ALMAGRO NOSETE, “La ejecución del”, op. cit., págs. 18 a 22.

Y prosigo. El sometimiento a arbitraje mediante el convenio arbitral, *antes que contrato*, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de construir estructuralmente un *negocio jurídico*; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el procesal. Vamos, para decirlo con la máxima concisión posible: *el panprocesalismo almagrista no es la solución sin el negocio arbitral*. De nuevo: *no al almagrismo*.

A estas alturas, además, nadie niega que el desarrollo de las actuaciones arbitrales haya de tener una justificación *negocial*. Éste es un as que no me he sacado de la manga. Y que no se me malentiendan mis palabras, como si con ellas persiguiera adelgazar el grosor garantista de aquel desarrollo. Nada de eso. Ya que tengo algo más que la impresión de que, el tema de la justificación *negocial* del desarrollo de las actuaciones arbitrales, amen de que hasta el momento ha rendido fruto en orden a elevarlo como explicación metodológica del arbitraje⁵⁸, es trigo limpio del todo. De ahí que, hoy en día, pacíficamente prescriba un estándar *negocial* destacadamente alto en nombre de la eficacia del arbitraje⁵⁹.

Y de ahí se sigue que no nos extrañe que se comience a indicar, en este caso por la ponente Orejas Valdés, que⁶⁰ “*el desarrollo de la actuación arbitral posee un indudable origen negocial determinante de la misma* -énfasis mío-. Ese origen negocial se encontraba ya, con la antigua LA de 1988”. Y se apostille que⁶¹ “*el origen negocial en el desarrollo de la actuación arbitral deviene en que las partes a lo largo del procedimiento pueden variar alguna de las formalidades previstas en el mismo, dichas formalidades son las que las propias partes señalen o, en su caso, la correspondiente institución arbitral, siempre* -dice la ponente Orejas Valdés- *sin vulnerar como ya hemos dicho, los derechos reconocidos en el art. 24 del texto constitucional*” -énfasis mío-. De modo que cuanto más se afirme el ámbito *negocial* de desarrollo de las actuaciones arbitrales en idéntica proporción habré de consolidar el *garantismo* del referido ámbito. Y eso es lo que toca, ahora, legitimar.

Ciertamente -me reitero-, la “*fente ordinaria del arbitraje*” es un *negocio jurídico* entre las partes impropio por sus consecuencias de ámbito funcional proyectado procesalmente. No hay contrato. Solo negocio jurídico que no posee el abocamiento propio del contractualismo, sino el impropio de su funcionalidad procesal. No existe contrato. Ni, por tanto, es precisa esa

⁵⁸ LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23*, op. cit., págs. 15 y ss.

⁵⁹ LORCA NAVARRETE, *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal sobre la eficacia jurídica del laudo arbitral*, Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Corte Vasca de Arbitraje, la Universidad Antonio de Nebrija y Dijusa (Libros jurídicos). San Sebastián, 2008, págs. 22 y ss.

⁶⁰ OREJAS VALDÉS, “SAPM de 17 de junio de 2008”, *RVDPA*, 1, 2009, § 421, pág. 217. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

⁶¹ OREJAS VALDÉS, “SAPM de 17 de junio de 2008”, *RVDPA*, 1, 2009, § 421, pág. 217. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

adjetivación “procesal” del contrato -la de “*contrato procesal*”- pese al criterio de Bernardo San José⁶² o de Santos Belandro⁶³ ¡No! *No nos hallamos ante un “contrato procesal”*

Y a partir de la anterior tesis se me antoja -pienso para mí- que todo discurre como la seda. En primer lugar, porque, tras asumir la existencia de un *negocio arbitral*, éste sólo tiene sentido si el árbitro hace uso de las *garantías sustantivas “de aquí y ahora” del debido proceso sustantivo arbitral y las actúa mediante la tecnificación acrítica y atemporal del procedimiento* a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Tit. V LA). De ahí que, pienso nuevo para mí, interese ante todo la *procedibilidad negocial* del arbitraje [que obviamente *no puede ser contractual* en la medida en que la propedéutica *negocial* del contractualismo *se aleja de la procedibilidad exclusivamente negocial del arbitraje*] y su perspectiva *garantista* que hace posible la resolución de controversias que se hallan en el ámbito de la libre disposición de quienes, como personas físicas o jurídicas, les asiste el poder solucionarlas *procesalmente* y *negocialmente* cuando, previo convenio arbitral, se obligan a nombrar y aceptar la resolución de uno o varios árbitros.

Así pues y frente a las denominadas teorías *contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas* -y las *panprocesalistas* de Almagro Nosete- *la naturaleza jurídica resolutive del arbitraje es de procedibilidad negocial*.

Recapitulando: a través de mi aportación justifico la naturaleza jurídica del arbitraje en lo que Bernal Gutiérrez⁶⁴ ha denominado ya *teoría negocial-procesal* como metodología de mi autoría. Para mayor ilustración del lector reproduzco su sentir metodológico sobre el particular. Es el que sigue⁶⁵: «frente a los sistemas vistos (*passim*), el tratadista español Antonio María Lorca Navarrete, propone, para el caso de su país pero evidentemente con proyección a muchos otros sistemas jurídicos, el que más allá de las teorías vistas, *se da una naturaleza procesal en el arbitraje complementada con la visión de un negocio jurídico* -énfasis mío-» .

Y si lo anterior no bastara mi propuesta ha sido resueltamente acogida en el Informe al Anteproyecto de Ley de Arbitraje (año 2003) presentado por el CGPJ. En ese Informe se indica literalmente que “en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje la doctrina, y en buena medida los tribunales, han defendido su carácter jurisdiccional lo que supone indudables ventajas prácticas. Frente a ello se ha defendido su carácter contractual, *mientras que algunos sectores defienden la procedibilidad negocial-procesal del arbitraje, pues la función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional aunque nace de un negocio jurídico*” -énfasis mío-».

⁶² BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Comares. Granada, 2002, págs. 7 a 10.

⁶³ SANTOS BELANDRO, *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, pág. 53.

⁶⁴ BERNAL GUTIÉRREZ, *El arbitraje en Guatemala. Apoyo a la justicia*. Centro de Arbitraje y Conciliación. CENAC. Guatemala, 2000, págs. 34 y 35.

⁶⁵ BERNAL GUTIÉRREZ, *El arbitraje en Guatemala. Apoyo a la justicia*, op. cit., págs. 34 y 35.

Las consecuencias de semejante propuesta no se dejan esperar. Por lo pronto, significa reafirmar el carácter *autónomo y procesal* del Derecho de arbitraje que deriva del planteamiento *garantista* que es posible atribuir al *proceso* arbitral mediante el *procedimiento* que adopte para la sustanciación de las actuaciones arbitrales; pues sólo en la medida en que aquél -el *proceso arbitral* (o sea, *las actuaciones arbitrales*), se entiende- ofrece un *sistema de garantías procesales* es posible que se resuelva *autónomamente*, la controversia sometida al conocimiento arbitral, y que, como no podía ser de otra manera, *no se hace depender* de la *instrumentalidad típica* de un procedimiento [de concretas actuaciones arbitrales *ya positivadas* en una ley como pueda ser la LEC]. Lo que justifica aún más que en el arbitraje *se pueda anteponer* la vertiente *garantista y procesal* [en definitiva, *sustantiva y autónoma*] sobre la puramente *adjetiva y formal* que pueda implicar la conceptualización del término “*procedimiento arbitral*” como mero *instrumento* atemporal de resolución de controversias de justificación *externa* al arbitraje mismo como pueda ser la LEC.

Pero, anticiparé que, una vez situados en las soluciones estrictamente *procedimentales*, el reclamo a un cuerpo general con tales características *no se hace esperar*. Por esa razón no sólo es posible conceptualizar al Derecho de arbitraje como *negocial-procesal*, en razón de su *sustantividad*, sino además es *procedimental* porque su preceptiva *negocial-procesal* en algún momento ha de *converger* con los ámbitos normativos que hacen posible aquella -la *procedimental*, se entiende-. En nuestro caso, la comprendida en la vigente LEC. Y lo que digo no es algo rayano en lo genialoide.

Para que se entienda. Existen razones de diversa índole para justificarme. Empecemos por las *históricas*. *Históricamente*, el arbitraje ha sido regulado en nuestro país integrado en el concepto de justicia que impartían los “jueces”. En la Partida III, Tit. IV así se indicaba cuando, en el Tit. IV, la ley I de la Partida III, aludía a “Que quiere dezir juez, e quantas maneras son de judgadores” e incluía entre aquellas a los “que son llamados en latín *árbitros*: que muestra tanto como judgadores de alvedrío, que son escogidos, para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas las partes.” Además, la *convergencia* del Derecho de arbitraje con la *preceptiva procedimental* era plena con la LEC de 1881 en cuyo Tit. V del Libro II, rubricado “*De la jurisdicción contenciosa*”, se regulaba *integrado* en su contexto normativo a través del denominado “*juicios de árbitros y de amigables componedores*”. Existen también *razones constitucionales*. La jurisprudencia del TC ha venido a sancionar la anterior conceptualización de la legislación arbitral. Por poner un ejemplo, en la STC 62/ 1.991, de 22 de Marzo⁶⁶ se puede leer⁶⁷: «... es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil... -énfasis mío-». Asimismo existen razones legislativas ya que, admitido por el TC que la legislación sobre el Derecho de arbitraje es *legislación procesal*, no es

⁶⁶ Cifr. BJC 120 [1.991], págs. 15 y ss.

⁶⁷ Cifr. BJC 120 [1.991], pág. 23.

posible eludir su calificación como *legislación procesal civil* y la aplicación a la misma del régimen *supletorio* que establece el artículo 4 LEC. En concreto la LA de 1988 *se remitía a la LEC en lo que no tuviera previsto*. Es la tesis que planteaba el ponente RIVES SEVA al decir que⁶⁸ «...que aquella Ley especial [LA] *remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no tenga previsto* -énfasis mío- y especialmente que sienta como principios del *procedimiento* -énfasis, de nuevo mío-, como no podría ser de otra forma, los esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes».

Término ya este recopilatorio. También la *doctrina ha evidenciado* la tal concepción a la que vengo aludiendo. Veamos que nos dice Roca Martínez⁶⁹ en orden a contrarrestar los argumentos de Cremades Sanz-Pastor⁷⁰ en torno al denominado “*peligro procesalista en el arbitraje*”. Indica Roca Martínez, aludiendo a la postura argüida por el referido Cremades Sanz-Pastor⁷¹, «que demuestra un absoluto y total desconocimiento acerca de las actuales concepciones del Derecho Procesal, cuyas normas, en relación con el arbitraje (*igual que respecto al procedimiento judicial*), *le proporcionan las necesarias garantías para su correcto desenvolvimiento y eficacia* -énfasis mío-. Esta es la idea que preside la denominada *concepción garantista del Derecho Procesal* -énfasis, de nuevo, mío-, en la que, en palabras de Morón Palomino “*militan los más jóvenes valores de nuestro procesalismo científico*” y que se extiende al proceso arbitral. Recientemente -sigue diciendo- [se] ha reclamado la pertenencia del arbitraje al ámbito del derecho procesal (...). Otro argumento -añade- importante para justificar la afirmación que defendemos lo constituye el R. Dto. 1.424/1.990, de 26 de Octubre (BOE, núm. 278 de 20 de Noviembre; R. A. 2.362), que establece las Directrices Generales Propias de los planes de estudios conducentes a la obtención del título universitario oficial de Licenciado en Derecho; en él se incluye el arbitraje privado *dentro* -énfasis mío- del contenido de la materia troncal Derecho Procesal, asignando su docencia únicamente al área de conocimiento Derecho Procesal».

De todo lo indicado, y comenzando por lo menos anodino, me parece que no es del género pedestre quedarme con la siguiente tesis: si hay una idea que pretende convertirse en perenne sobre el arbitraje y que no desea quedar desvaída por el tiempo, es que, aquel -el arbitraje-, debe tender a adoptar *sus propias formulas de actuación procesal*; algo, por lo demás, difícilmente refutable con la vigente LA si se parte de la idea, también incuestionable, según la cual todo ámbito heterocompositivo de resolución de controversias -como el arbitraje- *ha*

⁶⁸ RIVES SEVA, “SAPAli de 26 de febrero de 1999”, *RV/DPA*, 1, 2001, § 250, pág. 102. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

⁶⁹ ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e*, págs. 80 y 81.

⁷⁰ CREMADES SANZ-PASTOR, *Estudios sobre Arbitraje*, Madrid, 1977, págs. 190 y 191.

⁷¹ ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e*, op. cit., págs. 80 y 81.

de conducirse mediante normas procesales ¡No conozco ningún ámbito de heterocompositivo de resolución de controversias que se no se justifique *procesalmente*! Sí. *Procesalmente*.

Y lo diré. La vigente LA, ubicada técnicamente en una ley *ad hoc* al margen de la LEC, siguiendo el precedente de la LA de 1988, *evidencia* justamente aquella idea: la concepción del arbitraje como medio heterocompositivo de resolución de controversias que, al tiempo que responde, según la exposición de motivos de la LA (I), al “criterio inspirador (...) de la Ley Modelo elaborado por la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985”, lo hace “«teniendo en cuenta -y es literal de la exposición de motivos de la LA (I)- *las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral* -énfasis mío- y las necesidades del arbitraje comercial internacional»» por lo que adopta, para alcanzar su cometido, *fórmulas procesales de actuación arbitral* aunque no siempre susceptibles de ser reconducidas a las que tipifica la vigente LEC.

No pretendo echar un pulso con nadie en una especie de desafío exegético por ver quien interpreta mejor la vigente LA ¡No! Rotundamente, no. El objeto de mi escrito consiste en contrastar ideas y no en buscar la confrontación (dialéctica, claro) con personas. No obstante, como poderosa suele ser la tentación de caricaturizar las opiniones no compartidas para así zurrarlas más a modo, adoptaré la precaución de respetar al máximo -en tanto no resulte desproporcionadamente oneroso- la literalidad con que se visten las ideas susodichas. Y, entonces, a nadie se le ocultará que ignorar todo lo que se ha indicado renglones antes y afirmar, como hace Barona Vilar⁷², “que *el arbitraje es arbitraje*” -énfasis mío y es, aunque parezca no serlo, literal- puede que sea -quizá o seguramente- del genero pedestre. Pero, las cosas no quedan ahí. Frente a concretos esfuerzos doctrinales por *consolidar* el *procesalismo* en el arbitraje se ha indicado por Ramos Méndez que la vigente LA se sitúa⁷³ “*deliberadamente*” fuera de la LEC y “*en un espacio propio*” que no reclama su aplicación como *supletoria*. Como mucho se admite, según Ramos Méndez, que la LA contenga remisiones⁷⁴ “concretas y precisas” a normas de la LEC que *integran* el sistema arbitral en puntos a los que no se extiende la competencia de los árbitros o dónde ésta acaba con el fin de abortar desde el inicio tentaciones de invocar criterios interpretativos u operativos extraídos de las normas procesales comunes que rigen los juicios ante los tribunales de justicia.

⁷² BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*. Thomson-Civitas, 2006, pág. 49.

⁷³ RAMOS MÉNDEZ, “El arbitraje internacional en la nueva ley española de arbitraje”, *Justicia Alternativa*, núm. 5, 2004, pág. 12.

⁷⁴ RAMOS MÉNDEZ, “El arbitraje internacional”, op. cit., pág. 12.

La razón de esta actitud metodológica estriba, según Ramos Méndez⁷⁵, en que la LA se *convierte* en norma de referencia propia *sin apoyaturas externas* por lo que aspira a ser completa *en sí misma*. A tal fin, las eventuales lagunas del sistema *se han de suplir* con los principios en los que se inspira y, entre ellos, sobre todo, en el de la voluntad de las partes o, en su caso, en la decisión de los propios árbitros.

No voy a ubicarme en unos postulados metodológicos que cuestionen las apreciaciones de Ramos Méndez. ¡No! De nuevo, rotundamente no. Pero, aún cuando las comprendo, en modo alguno las comparto. Sus apreciaciones *estigmatizan* el Derecho procesal y se alinean con el llamado “*peligro procesalista en el arbitraje*” a que aludiera, renglones antes, Cremades Sanz-Pastor con ocasión de la vigencia de la LA de 1988. *En el arbitraje ese supuesto peligro no existe*. El arbitraje, por el contrario, *necesita* del Derecho procesal porque *sin él no existe arbitraje*. O sea, *sin fórmulas procesales de actuación arbitral, no existe arbitraje* -exposición de motivos de la LA (I)-. Otra cosa muy diferente es que algunos procesalistas se sientan acomplejados por un uso del procesalismo al “estilo LEC” [de la LEC de 1881] porque quizá durante muchos años el “estilo LEC” [de la LEC de 1881] y su derecho procesal anclado en el medioevo era un auténtico peligro -¡claro que sí!- para el procesalismo. Que no para el arbitraje. Pero, esas ñoñerías tabernáculos personalmente hace tiempo que las he superado.

¡No! No nos engañemos. Es cierto que, como dice Ramos Méndez⁷⁶, las “lagunas del sistema se han de suplir con los principios en lo que se inspira [el sistema], y entre ellos, sobre todo, el de la voluntad de las partes o, en su caso, la decisión de los árbitros”. Pero, no es menos cierto que esos principios *son de justificación procesal*. Admitamos [aunque yo personalmente no lo admito] que *no* se justifican en la LEC porque en este país la LEC -al menos la LEC de 1881- no tiene “buena prensa”. Pero, quienes hemos hecho arbitrajes sabemos perfectamente que es preciso permitirle a las partes alegar, sabemos que hay que ser tremendamente escrupulosos con las *garantías procesales* -sí, *procesales*- como las de audiencia, contradicción e igualdad de partes presentes en todas las actuaciones arbitrales para que no se produzca en ningún caso, indefensión. Y esas *garantías* ya las adopten las partes porque las conozcan [que no siempre las conocen] o los árbitros porque, de ese modo, lo decidan *no son abstractas en el sentido de que no necesitan apoyaturas externas porque indique Ramos Méndez que*⁷⁷ la “*ley arbitral se convierte (...) en la norma de referencia única -dice- en la materia*”. Semejante afirmación parece no ser cierta si, como indica el ponente González Olleros, hemos de

⁷⁵ RAMOS MÉNDEZ, “El arbitraje internacional”, op. cit., pág. 12.

⁷⁶ RAMOS MÉNDEZ, “El arbitraje internacional”, op. cit., pág. 12.

⁷⁷ RAMOS MÉNDEZ, “El arbitraje internacional”, op. cit., pág. 12.

admitir que⁷⁸ “*rigen (...) en el procedimiento arbitral -énfasis mío- los mismos fundamentos que en los procedimientos comunes de la LEC en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa...*”.

Vayamos a los hechos. La LA *no es una normativa levitada que sin apoyaturas procesales -sí, procesales- de ningún tipo se ubique en una equidistancia totalmente inexistente* ¡No! Semejante propuesta *es una falacia*. Las garantías en las que se inspira el “sistema” son de una gran [enorme] *sustantividad procesal*. Tienen nombres y apellidos. Sus nombres y apellidos [su filiación] *se hallan en el Derecho procesal*. Sí, en el Derecho procesal. Que esa filiación se proclame *putativa* al no quererla vincular con la LEC pues puede que sea una opción. Es quizá la opción de Ramos Méndez. Pero, no la mía. Yo acudiré sin complejo alguno al Derecho Procesal cuando exista “laguna del sistema” *-procesal*, se entiende- y con esa actitud soy consciente de que no va a peligrar el arbitraje. Muy al contrario, evitaré que exista un *error in procedendo* que es el único flanco [el *procesal* ¡ojo! por el que el laudo arbitral puede ser anulado. Y, desde luego, esta propuesta, venga o no de la LEC, la tengo clara.

En limpio: *para ser un buen árbitro es preciso ser antes un buen procesalista*.

Vuelvo a insistir. La vigente LA ubicada técnicamente en una ley *ad hoc* al margen de la LEC, siguiendo el precedente de la LA de 1988, *evidencia* que el arbitraje, al tiempo que responde, según la exposición de motivos de la LA, al “criterio inspirador (...) de la Ley Modelo elaborado por la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985”, adopta, para alcanzar su cometido *fórmulas procesales de actuación arbitral* no siempre susceptibles de ser reconducidas a las que tipifica la LEC. Pero, que se afirme en ese modo no significa que, finalmente, el sustrato *procesal* de la LEC -el que incide, no se olvide, en los *errores in procedendo*- sea un apestado normativo que, en opinión de Ramos Méndez⁷⁹, “no es aplicable en ningún caso -dice- al arbitraje”.

Ahora sí que termino. En todas las facetas de la vida, y en la jurídica más, además de no existir la denominada “verdad” es sumamente irreflexivo arrogarse como postulador absoluto de ella. No se olvide que, según Ramos Méndez, el sustrato *procesal* de la LEC⁸⁰ “no es aplicable *en ningún caso* -énfasis mío- al arbitraje”. Una afirmación excesivamente “fuerte” para la deseable ponderación de la que ha de hacer gala un Catedrático de Derecho procesal -enfático lo de

⁷⁸ GONZÁLEZ OLLEROS, “SAPM de 30 de mayo de 2005”, *RVDPA*, 2, 2006, § 347, págs. 333 y 334. Se puede consultar en la web: www.cortevascadeaarbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

⁷⁹ RAMOS MÉNDEZ, “El arbitraje internacional”, op. cit., pág. 27.

⁸⁰ RAMOS MÉNDEZ, “El arbitraje internacional”, op. cit., pág. 27.

“Catedrático de Derecho procesal”- como lo es -o parece ser- mi querido amigo y colega Ramos Méndez, al que tengo en gran estima.